

DE LA CLAUSE
DE NON-RÉTABLISSEMENT
DANS LES VENTES
DE FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée le 1^{er} décembre 1941, à 14 heures

PAR

Jean SCHRAMECK

Avocat à la Cour d'Appel

JURY... } *Président : M. RIPERT, doyen.*
 } *Suffragants... { MM. HAMEL, professeur.*
 } *AMIAUD, professeur.*

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot, PARIS (V^e)

1941

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

Nom du candidat : Schrameck.

Prénom : Jean.

Date de la soutenance : 1^{er} décembre 1941, à 14 heures.

Numéro d'ordre : 75.

SCHrameck (Jean). — De la clause de non-rétablissement dans les ventes de fonds de commerce. — Paris, Sirey, 1941. In-8 raisin, iv + 115 p.

(Thèse Droit, Paris, 1941, N° 75)

SCHrameck (Jean). — De la clause de non-rétablissement dans les ventes de fonds de commerce. — Paris, Sirey, 1941. In-8 raisin, iv + 115 p.

(Thèse Droit, Paris, 1941, N° 75)

SCHrameck (Jean). — De la clause de non-rétablissement dans les ventes de fonds de commerce. — Paris, Sirey, 1941. In-8 raisin, iv + 115 p.

(Thèse Droit, Paris, 1941, N° 75)

SCHrameck (Jean). — De la clause de non-rétablissement dans les ventes de fonds de commerce. — Paris, Sirey, 1941. In-8 raisin, iv + 115 p.

(Thèse Droit, Paris, 1941, N° 75)



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DE LA CLAUSE DE NON-RÉTABLISSEMENT DANS LES VENTES DE FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée le 1^{er} décembre 1941, à 14 heures

PAR

Jean SCHRAMECK

Avocat à la Cour d'Appel

JURY... { *Président* : M. RIPERT, *doyen*.
 { *Suffragants*.. { MM. HAMEL, *professeur*.
 { AMIAUD, *professeur*.

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot, PARIS (V^e)

1941.



INTRODUCTION

Il est d'usage, dans les contrats de vente de fonds de commerce, d'inclure une clause interdisant au vendeur de se rétablir dans le même commerce. Cette clause qui est destinée à empêcher le vendeur de détourner à son profit la clientèle du fonds et de ramener ainsi sa vente à la simple cession d'un droit au bail, peut sembler de prime abord inutile, car l'interdiction qu'elle impose peut être considérée comme nécessairement comprise dans l'obligation de garantie. Nous verrons, en effet, lorsque nous étudierons le fondement de la clause, que le vendeur contracte envers son acheteur l'obligation de garantir ce dernier contre toute éviction de la chose vendue. Comme il est unanimement admis que la clientèle constitue non seulement l'un des éléments, mais même l'élément essentiel du fonds de commerce, il s'ensuit qu'en s'en tenant au droit commun le vendeur s'oblige à s'abstenir de tout acte de nature à attirer à son profit la clientèle qu'il a cédée.

L'insertion dans un contrat de vente de fonds d'une clause de non rétablissement présente néanmoins un intérêt indéniable pour l'acheteur, celui de préciser l'obligation de garantie du vendeur et en un certain sens d'y ajouter.

La garantie d'éviction d'un bien corporel a une portée qui peut être aisément précisée. La vente ayant pour objet une chose concrète, le vendeur devra s'abstenir de troubler la possession de cette chose par une action juridique ou par un acte matériel et dans tous les cas il

sera facile de se rendre compte si une action ou un acte portent atteinte à la possession de la chose. Il est loin d'en être de même si la vente a pour objet un bien incorporel. La portée de la garantie d'éviction qui en principe est la même que dans le cas précédent est infiniment plus difficile à préciser. S'agit-il de la vente d'une clientèle commerciale, il est des actes licites en eux-mêmes qui, accomplis par le vendeur, sont susceptibles d'en troubler la possession. Il en est ainsi du rétablissement qu'on ne saurait cependant interdire d'une manière absolue. Mais l'on conçoit qu'il soit difficile de déterminer très précisément les conditions de temps et de lieu que le rétablissement doit comporter pour n'être pas considéré comme contraire à l'obligation de garantie. Si l'on tient compte d'une part que l'acheteur a acquis la propriété d'une chose qui n'a pas une consistance matérielle et immuable, mais qui est par essence ondoiyante, diverse, et en état de fluctuation perpétuelle, d'autre part que l'éviction de cette chose par le rétablissement du vendeur est plus ou moins fonction du laps de temps écoulé depuis la vente et de la distance à laquelle il a lieu, l'on voit à quel point il est difficile de préciser exactement la portée de l'obligation de garantie en ce qui concerne la vente d'une clientèle commerciale. La clause de non-rétablissement a pour but de définir nettement cette portée et de l'affranchir de l'interprétation personnelle du juge qui pourrait éventuellement avoir à l'apprécier.

Par ailleurs la clause de non-rétablissement ajoute à l'obligation de garantie du vendeur en ce sens qu'elle dispense l'acheteur de prouver l'éviction et qu'elle permet à tout sous-acquéreur du fonds de faire échec au rétablissement du vendeur originaire.

A défaut de clause de non-rétablissement, l'acheteur est, en effet, astreint à prouver le trouble ou l'éviction pour être admis à faire jouer contre son vendeur l'obli-

gation de garantie. Cette preuve sera souvent malaisée; dans tous les cas elle sera soumise à l'appréciation du tribunal. Au contraire, le fait du rétablissement du vendeur dans des conditions prohibées par la clause est patent et ne peut prêter à aucune discussion.

Enfin l'obligation de garantie constitue un engagement strictement personnel et ne lie le vendeur qu'envers son cocontractant. Au cas de revente ultérieure, le sous-acquéreur n'a contre lui aucun recours s'il se rétablit. Nous verrons que la jurisprudence et la doctrine s'accordent pour reconnaître au sous-acquéreur d'un fonds le droit d'exercer une action directe contre le vendeur rétabli en violation d'une clause le lui interdisant.

L'acheteur a donc grand intérêt à stipuler dans l'acte de vente une clause de non-rétablissement. S'il est exact que la jurisprudence, non sans avoir longuement hésité, comprend actuellement l'interdiction de se rétablir dans l'obligation légale de garantie qui incombe au vendeur, il n'est pas indifférent pour l'acheteur de préciser sur ce point particulier la portée d'une obligation générale et par suite imprécise, et de se voir en outre dispenser de faire la preuve de la dépossession d'une clientèle dont les fluctuations peuvent être diversement interprétées par le juge.

PREMIÈRE PARTIE

Généralités

CHAPITRE PREMIER

FONDEMENT DE LA CLAUSE

I. — La loi du 17 mars 1909, charte de la vente et du nantissement des fonds de commerce, définit dans son article premier les éléments du fonds considérés comme substantiels parce que nécessairement inclus dans la vente ou le gage à défaut de désignation précise. Ce sont l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

La doctrine et la jurisprudence ont voulu cependant caractériser plus nettement l'essence du fonds de commerce, dégager l'élément qui en fait une entité juridique propre. Elles ont été d'accord, une fois n'est pas coutume, pour attribuer ce caractère à l'achalandage et à la clientèle¹.

Aussi n'est-il pas inutile de préciser le sens de ces deux termes qui, souvent confondus dans le langage courant, ne sont cependant pas synonymes.

Par achalandage, il faut entendre les possibilités qu'offre un fonds d'attirer la clientèle en fonction de ses qualités propres, sa situation ou son organisation par

1. Voir en particulier : Riom, 27 juin 1928, *Gaz. Pal.* 1928.2.826,

exemple. Il s'agit là d'un potentiel de succès appréciable seulement qualitativement¹.

La clientèle, au contraire, constitue un résultat acquis, un élément appréciable quantitativement. C'est l'ensemble des acheteurs d'ores et déjà attachés au fonds.

En fait et à l'heure actuelle, dans toute vente de fonds de commerce en exploitation, le prix est devenu principalement fonction de la valeur de la clientèle, c'est-à-dire du montant du chiffre d'affaires réalisé antérieurement à la vente. Ce n'est que durant les périodes de crise locative que le droit au bail acquiert une importance souvent égale parfois même supérieure. Cette pratique presque constante, consacrée et sanctionnée par la loi, n'est pourtant que le dernier terme d'une lente évolution.

Jusqu'en 1872, la cession de l'achalandage et de la clientèle d'un fonds était strictement illicite. Ces deux éléments étaient, en effet, considérés comme « hors commerce » parce qu'intimement liés aux qualités personnelles du propriétaire du fonds et intransmissibles comme elles. Cette conception est appliquée aujourd'hui encore aux professions libérales par la jurisprudence.

C'est à l'occasion d'une disposition purement fiscale que le législateur fit entrer d'abord l'achalandage dans les éléments cessibles du fonds de commerce : la loi du 28 février 1872 dans son article 7 suppose nécessairement compris dans la cession d'un fonds l'achalandage, le droit au bail, les objets servant à l'exploitation, les marchandises neuves.

Enfin le dernier pas a été franchi par les lois du 1^{er} mars

1. Sous le nom d'achalandage, certains auteurs désignent une fraction de la clientèle, celle qui ne s'adresse qu'accidentellement au commerçant (sens vulgaire du mot *chaland*), par opposition au mot *clientèle* qui comprend l'ensemble des personnes se fournissant habituellement chez lui (Lyon-Caen et Renault t. III, p. 203, note 1).

1898 et du 17 mars 1909, qui décident définitivement que non seulement l'achalandage, mais même la clientèle constituent des éléments transmissibles. Ici comme ailleurs, le législateur n'a fait qu'entériner un usage préexistant, celui de faire entrer en ligne de compte dans la détermination du prix de vente d'un fonds le chiffre d'affaires réalisé durant les années précédentes, c'est-à-dire la valeur même de la clientèle. Cet usage appelle cependant quelques réserves.

Il apparaît en effet logique, en ce qui concerne l'achalandage, non seulement de le considérer comme un élément du fonds, mais encore de lui attribuer un caractère juridiquement déterminant, puisqu'il n'est pas douteux qu'il est de l'essence d'un fonds de commerce d'être susceptible d'attirer une clientèle. L'achalandage étant fonction des qualités mêmes du fonds est inséparable de lui, se transmet avec lui et, qui plus est, constitue l'élément nécessaire sans lequel tous les autres sont impuissants à constituer l'universalité juridique comprise sous le nom de fonds de commerce.

Mais il en va tout autrement de la clientèle. Celle-ci représente le résultat acquis non seulement grâce aux qualités propres du fonds, mais encore par les qualités personnelles du vendeur qui sont par définition intransmissibles. Si donc l'acheteur peut compter dans une certaine mesure sur la force de l'habitude qui entraînera dans sa boutique la clientèle déjà réunie par son cédant, il n'est pas niable qu'il ne conservera intégralement la clientèle acquise que si ses qualités commerciales sont équivalentes à celles de son prédécesseur. La cessibilité de la clientèle commerciale se heurte donc en grande partie aux mêmes objections que celles qui ont fait écarter par la jurisprudence la cessibilité de la clientèle des professions libérales. La clientèle existante ne devrait être prise en considération par l'acheteur qu'en tant qu'elle matérialise la valeur de l'achalandage, mais il

est évident que le départ entre la fraction de clientèle qui a été déterminée par l'achalandage et celle qui a été réunie grâce aux qualités personnelles du vendeur est impossible à réaliser en pratique.

II. — Aux termes de l'article 603 du Code civil, tout vendeur contracte envers son acheteur deux obligations principales : d'une part délivrer la chose vendue, d'autre part la garantir.

L'article 1625 précise l'obligation de garantie et lui reconnaît deux objets, la possession paisible de la chose, l'absence de défauts cachés et de vices rédhibitoires. La garantie est donc due par le vendeur à l'acheteur dans deux cas, le cas d'éviction, celui de vices cachés.

C'est l'article 1626 qui règle la garantie d'éviction. Il est ainsi conçu : « Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu ou des charges prétendues sur cet objet et non déclarées lors de la vente. »

L'article 1628 prévoit enfin le cas où le vendeur aurait expressément stipulé qu'il ne serait soumis à aucune garantie et décide que même dans cette éventualité, il est tenu de la garantie de tout fait qui lui est personnel, toute convention contraire étant nulle.

Il résulte de ces textes que dans toute vente, quel qu'en soit l'objet, le vendeur doit garantir l'acheteur contre toute éviction soit totale, soit partielle de la chose vendue, et, lorsqu'il s'agit d'une universalité juridique, de l'éviction de chacun des éléments qui la composent. S'agit-il du fait d'un tiers? Le vendeur est garant du seul trouble de droit, à l'exclusion du trouble de fait et à la condition qu'il procède d'une cause antérieure à la vente. Encore lui est-il permis de s'exonérer expressément de toute garantie. — S'agit-il de son fait

personnel? — Le vendeur est garant et du trouble de droit et du trouble de fait, sans restriction ni exonération possibles.

Il s'ensuit que le vendeur d'un fonds de commerce est tenu légalement de s'interdire tout fait personnel de nature à troubler la possession paisible des éléments qui le composent, et par conséquent de la clientèle et de l'achalandage.

S'il se livre à des agissements qui ont pour but de détourner la clientèle soit au profit d'un tiers, soit à son propre profit, nul doute que l'acheteur puisse exercer contre lui une action en concurrence déloyale ou illicite.

Mais le fait du rétablissement en lui-même, sans aucune manœuvre du vendeur pour détourner la clientèle vendue, est-il suffisant à constituer le trouble ou l'éviction dont son obligation de garantie lui fait un devoir de s'abstenir?

Tant que l'achalandage seul a été considéré comme élément du fonds, le rétablissement du vendeur ne pouvait être prohibé puisque l'achalandage ne comprend que les qualités propres du fond, à l'exclusion des circonstances qui lui sont extérieures telles que celles de voisinage qui peuvent être incessamment modifiées. Mais du jour où la clientèle, c'est-à-dire le résultat acquis en partie par le talent et les efforts du vendeur, a été considérée comme élément marchand nanti d'une valeur d'échange, on en est venu tout naturellement à considérer que l'exercice de ce talent et de ces efforts pour un objet similaire et dans un rayon suffisamment rapproché est à lui seul inconciliable avec l'obligation de garantie édictée par la loi.

La jurisprudence a cependant longtemps hésité à tirer les conséquences juridiques de cette conception, et ce n'est que depuis une époque relativement récente qu'elle a inclus dans l'obligation légale de garantie l'in-

terdiction pour le vendeur de se rétablir tout en la soumettant à des conditions rigoureuses de limitation.

Aussi les acheteurs ont-ils voulu se prémunir d'abord contre cette hésitation ensuite contre ce contrôle qui implique une incertitude, et se fondant sur l'obligation de garantie qui incombe légalement à leur vendeur, lui ont-ils imposé comme clause de style la clause de non-rétablissement.

La légalité de cette clause ne peut être sérieusement contestée. Elle possède, en effet, un fondement juridique rigoureux que nous venons de définir et qui est l'obligation pour le vendeur de s'abstenir de tout acte de nature à troubler la possession paisible de la chose qu'il a vendue.

Pendant la clause de non-rétablissement se heurte à un principe non moins rigoureux, celui de la liberté du commerce et de l'industrie.

CHAPITRE II

LA CLAUSE DE NON-RÉTABLISSEMENT ET LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DU COMMERCE

I. — La loi des 2-17 mars 1791, votée par l'Assemblée constituante en réaction contre le système corporatif de l'ancien régime, supprime les droits d'aides, maîtrises et jurandes et établit les droits de patente tels qu'ils existent encore actuellement. Son article 7 est ainsi conçu : « A compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon, mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et

de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits. »

Cette solennelle déclaration, qui rompait avec un régime de corporatisme étroitement réglementé, définit ce que l'on désigne sous le nom de principe de la liberté du commerce et de l'industrie, principe qui était jusqu'aux événements actuels d'ordre public dans notre pays. Quel qu'en puisse être le sort dans un avenir plus ou moins éloigné, il n'est pas sans intérêt, même si cet intérêt ne doit plus être que rétrospectif, de montrer par quelle évolution la jurisprudence a concilié un principe d'ordre public avec un engagement qui, contraire à ce principe, eût dû théoriquement être nul de droit.

II. — La jurisprudence s'est toujours refusée à appliquer à la lettre le principe de la liberté du commerce. Très tôt elle l'a interprété comme signifiant seulement l'impossibilité d'aliéner d'une manière absolue le droit au travail garanti à tout citoyen par la loi de 1791 et l'on peut dire qu'elle n'a cessé de conformer ses décisions aux deux règles suivantes : d'une part, est contraire à l'ordre public et nulle par application de l'article 1133 du Code civil, la convention qui entraîne directement ou indirectement pour l'une des parties l'interdiction générale ou absolue d'exercer tel commerce ou telle industrie ; d'autre part, les conventions simplement limitatives de la liberté du commerce et de l'industrie ne sont pas illicites, mais doivent être interprétées restrictivement¹.

La jurisprudence admet donc la validité de la clause de non-rétablissement, mais elle exige qu'elle soit tempérée par une restriction. Elle résout ainsi la difficulté par un compromis. Mais elle a subi une évolution calquée pour ainsi dire sur celle de la mentalité juridique contemporaine.

1. Douai, 4 décembre 1900, D. P. 1902.2.187.

Dans un premier stade, elle a attribué la prééminence au principe de la liberté du commerce et quelques décisions ont exigé que la clause de non-rétablissement fût limitée à la fois quant au temps et quant au lieu. Elle estimait, d'autre part, que celui qui aliénait ainsi un droit qu'il tenait d'une loi d'ordre public ne pouvait s'engager que pour lui-même. Elle n'admettait donc pas la transmission passive de la clause aux héritiers du vendeur. Elle réglementait en outre très étroitement la spécification du commerce interdit, n'acceptant d'appliquer la clause qu'au cas de rétablissement dans le commerce désigné à l'acte et non au cas de rétablissement dans un commerce similaire ou concurrent. Enfin il va de soi qu'elle n'admettait l'aliénation partielle ou limitée du droit au travail que si elle résultait d'une manifestation expresse de volonté. A défaut de clause formelle, elle décidait de façon constante qu'à condition que le vendeur s'abstint de tout acte de nature à détourner frauduleusement la clientèle du fonds vendu, il conservait le droit de se rétablir dans le même commerce où et quand il voulait.

Puis, peu à peu elle a laissé fléchir son intransigeance. Sous l'influence du courant d'idées qui tend à donner le pas à la notion d'utilité sociale sur le principe de la liberté individuelle, elle s'est départie de la stricte application de la loi de 1791. Successivement, elle a admis qu'une seule limitation, soit de durée soit de lieu, suffit à rendre la clause valable; que les héritiers directs du vendeur sont tenus comme lui de la respecter puisqu'ils trouvent dans le patrimoine de leur auteur le prix de vente des divers éléments du fonds; qu'est prohibé non seulement le rétablissement dans le commerce désigné à l'acte, mais le rétablissement dans un commerce similaire ou concurrent en tenant compte du commerce exercé en fait, quelle que soit sa désignation nominale, mais encore le rétablissement indirect en qualité soit de

prêteur soit d'associé commandité, soit d'administrateur d'une société anonyme, soit de gérant d'une société à responsabilité limitée.

Enfin, et c'est le dernier stade de son évolution, l'aboutissement logique et fatal de l'attribution d'une valeur vénale à l'élément clientèle, la jurisprudence en est venue à inclure obligatoirement la clause de non-rétablissement dans toute vente de fonds, c'est-à-dire à la sous-entendre dans celles où elle n'est pas formellement exprimée.

CHAPITRE III

DE L'UTILITÉ DE LA CLAUSE DE NON RÉTABLISSEMENT

I. — Le vendeur d'un fonds de commerce étant, conformément au droit commun, garant de son fait personnel, qu'il s'agisse d'un trouble de droit ou d'un trouble de fait, nul doute que même en l'absence de toute clause de non-rétablissement l'acheteur ne puisse faire cesser ce trouble et obtenir réparation du préjudice subi.

Néanmoins la preuve du trouble et du préjudice qui en découle incombe, comme dans toute action, au demandeur. La question est de savoir si le rétablissement du vendeur en lui-même, à l'exclusion de toute manœuvre frauduleuse constitutive de concurrence déloyale, suffira à caractériser le trouble dont l'acheteur est fondé à se plaindre et à demander réparation.

La jurisprudence, nous l'avons déjà exposé, a reculé pendant longtemps devant la solution affirmative et par suite il est évident que les praticiens ont d'abord vu dans

la clause le plus sûr moyen d'échapper à la variabilité d'une interprétation du fait. Jusqu'en 1926, en effet, de nombreux arrêts de la Cour de cassation avaient décidé qu'en vertu du principe de la liberté du commerce toute personne a le droit de créer et d'exploiter tel commerce qu'il lui plaît, en quelque lieu et à quelque moment que ce soit, si elle n'a, par une manifestation formelle de volonté, entendu restreindre cette liberté. Il s'ensuit que, d'après ces arrêts, la vente d'un fonds de commerce n'emportait pas par elle-même une interdiction de se rétablir. Une seule réserve à ce principe : le vendeur doit user de cette liberté sans manquer à la bonne foi commerciale, sans se livrer à aucun acte de concurrence déloyale¹.

Au cas de rétablissement du vendeur, cette jurisprudence exigeait par conséquent de l'acheteur qu'il prouvât l'acte de concurrence déloyale, le fait du rétablissement à lui seul étant insuffisant à constituer cet acte. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 29 juillet 1908² admet encore qu'en l'absence d'une clause expresse la vente d'un fonds de commerce n'entraîne pas nécessairement pour le vendeur l'interdiction de se rétablir, mais qu'étant tenu par la garantie de l'article 1626 du Code civil, cette obligation emporte pour lui le devoir de s'abstenir de tout acte de nature à diminuer l'achalandage et à détourner la clientèle du fonds. S'est prononcé également dans le même sens un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation en date du 23 avril 1914³.

L'imprécision et l'hésitation de la jurisprudence imposaient donc à l'acheteur de faire figurer à l'acte une clause formelle de non-rétablissement, s'il voulait

1. Cass. req., 5 février 1855, D. P. 55.1.440; Cass. civ., 2 mai 1860, D. P. 60.1.218; Cass. req., 21 juillet 1873, D. P. 76.1.70; Cass. civ., 18 juin 1897, *Gaz. Pal.* 97 2 114; Cass. civ., 4 février 1901, D. P. 1901.1.167; Cass. civ., 19 février 1907, S. 1908.1.423.

2. D. P. 1909.1.28 avec la note de M. Léon Lacour.

3. *Gaz. Pal.* 1914-1915.2.65.

échapper à l'obligation de faire la preuve, le plus souvent très difficile, que le rétablissement du vendeur constituait à lui seul un acte de concurrence déloyale.

II. — Il était à la fois logique et inévitable que, puisque la jurisprudence faisait fléchir chaque jour davantage le principe jadis sacro-saint de la liberté du commerce, elle en arrivât à admettre que le fait du rétablissement du vendeur constitue en lui-même une éviction au moins partielle de la clientèle du fonds vendu.

C'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de Lyon en date du 1^{er} mars 1926¹ qui déclare que l'interdiction de se rétablir est de l'essence même de la convention de vente de fonds et que, sauf stipulation contraire, elle rentre nécessairement dans la garantie que doit le vendeur à l'acheteur. Un jugement du tribunal de commerce de Nantes du 17 janvier 1927², un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation du 31 octobre 1927³, deux jugements du Tribunal de commerce de Lyon en date du 22 octobre 1928⁴, et du 5 mars 1931⁵, deux arrêts de la Cour de Paris en date du 17 février 1931⁶ et du 8 février 1932⁷ ont successivement posé le même principe.

La jurisprudence paraît ainsi nettement orientée à l'heure actuelle dans le sens d'une interdiction implicite du rétablissement du vendeur commandée par l'obligation de garantie qui lui incombe quant aux divers éléments du fonds vendu.

Le but dans lequel les praticiens avaient conçu la clause paraît donc atteint même en son absence. Est-ce

1. D. H. 1926.259.

2. *Recueil Nantes*, 1927.423.

3. *Gaz. Pal.* 1927.2.943.

4. *Gaz. Com. Lyon*, 6 mars 1929.

5. *Ea Loi*, 23 juillet 1931.

6. *Gaz. Pal.* 1931.1.711.

7. *Gaz. Pal.* 1932.1.784.

à dire que sous l'empire de la jurisprudence actuelle la clause ait perdu toute utilité pratique? — Nous ne le pensons pas, car si le juge accepte de sous-entendre la clause lorsqu'elle n'est pas exprimée, il ne peut s'agir pour lui d'édicter une interdiction absolue, effet qu'il refuse, ainsi que nous le verrons plus loin, à la clause contractuelle elle-même.

En l'absence d'une clause précisant nettement l'étendue et la durée de l'interdiction, c'est à l'arbitraire du juge qu'il appartiendra d'apprécier *ex aequo et bono*, en tenant compte des circonstances de fait qu'il croira devoir retenir, si le rétablissement dont se plaint l'acheteur est licite ou non. Les décisions rendues tiennent généralement compte du laps de temps nécessaire à la fixation de la clientèle eu égard aux nouvelles conditions d'exploitation du fonds ou de la multiplicité des cessions successives. Dans un jugement en date du 5 juin 1929¹ le tribunal de commerce de la Seine s'est ainsi exprimé : « Si, en principe, le négociant qui a cédé son commerce, qu'il se le soit interdit ou non, ne peut être admis à créer immédiatement une maison rivale, il n'en est plus ainsi quand un long temps s'est écoulé depuis la vente et que l'acquéreur a pu dans l'intervalle s'approprier la clientèle et la faire sienne, et notamment quand l'associé est décédé en janvier 1918 et que ce n'est qu'en mai 1928, c'est-à-dire plus de dix ans après, que son fils a acquis des droits dans une société déjà existante sans se livrer à aucune manœuvre de concurrence déloyale dans le but d'accaparer la clientèle et de faire naître une confusion. »

L'insertion dans le contrat de vente d'une clause de non-rétablissement judicieusement rédigée n'a donc nullement perdu de son intérêt dans le dernier état de la jurisprudence. Elle permettra notamment de préciser,

1. *Gaz. Pal.* 1929.2.174.

sans qu'une contestation puisse être ultérieurement soulevée, la zone d'interdiction, sa durée, et surtout les modalités de rétablissement indirect que l'acheteur entend interdire au vendeur.

DEUXIÈME PARTIE

Validité de la clause

CHAPITRE PREMIER

CONDITIONS DE VALIDITÉ

I. — L'aliénation du droit au travail étant directement contraire au principe de la liberté du commerce qui est d'ordre public, sa validité ne peut être admise que si elle est suffisamment limitée pour permettre au vendeur d'exercer à l'avenir son activité antérieure sans porter préjudice à l'acheteur par son rétablissement.

Il est facilement concevable que la vente d'un fonds ne peut entraîner pour le vendeur l'impossibilité absolue de se livrer au commerce qui fait l'objet du fonds vendu. L'âge, la complexité des opérations commerciales, les connaissances techniques, l'expérience acquise, l'importance de l'effort antérieurement accompli, exigent dans bien des cas que le vendeur ne soit pas astreint à changer définitivement l'orientation de son activité et à risquer de perdre ainsi ses moyens d'existence. Ce principe a toujours été admis par la jurisprudence qui décide invariablement qu'une interdiction conventionnelle d'exercer un commerce ou une industrie est nulle quand elle est absolue¹, mais qu'elle est au contraire valable quand

1. Paris, 6 juillet 1893, D. P. 1894.2.100; Paris, 28 mai 1895, D. P. 1895.2.299; Cass. civ., 11 mai 1897, *Le Droit*, 26 juin 1898.

elle est limitée, car elle ne porte pas alors atteinte au principe de la liberté du commerce. Toute la question est de déterminer la limitation qui emporte sauvegarde de ce principe.

Il est évidemment assez difficile de poser des règles absolues applicables à tous les cas et nous verrons que la jurisprudence reste singulièrement hésitante se montrant tantôt large, tantôt rigoureuse dans l'appréciation de la validité de l'interdiction. Sa limitation doit être étudiée en fonction du temps, du lieu et du genre de commerce interdit.

II. — *Limitation quant au temps.*

Nous estimons que dans tous les cas, la clause de non-rétablissement doit être strictement limitée à la période durant laquelle la clientèle vendue est, si l'on peut dire, en état d'instabilité en raison du changement de propriétaire qui entraîne à peu près nécessairement des conditions nouvelles d'exploitation. Dans un temps variable suivant le genre de commerce envisagé, elle peut être considérée comme de nouveau fixée et dès lors le rétablissement du vendeur ne saurait l'influencer davantage que l'établissement d'un tiers possédant des qualités commerciales équivalentes¹. L'acheteur pourra exercer contre lui une action en concurrence déloyale s'il tente par des manœuvres caractérisées de détourner la clientèle, mais le fait de son rétablissement en lui-même sera licite. Il suffit en effet de se rappeler que la validité de la clause de non-rétablissement repose uniquement sur la garantie d'éviction que doit le vendeur à l'acheteur pour se rendre compte qu'elle ne saurait en aucun cas recevoir application à un moment où le rétablissement

1. Cf. Laurent, t. XVI, n° 136 et suiv. et Metz, 16 juin 1863, D. P. 1864.2.14.

du vendeur n'est plus susceptible de troubler la possession de l'acheteur.

Toute clause qui ne comporte pas une limitation stricte de durée est donc selon nous entachée de nullité.

Lorsque sa validité sera soumise aux tribunaux, ceux-ci auront à déterminer, en tenant compte des circonstances de fait, le laps de temps nécessaire à la clientèle, pour s'adapter aux conditions nouvelles d'exploitation du fonds. Limitée à cette période, la clause sera valable, car toute action extérieure est alors susceptible d'entraver la fixation de la clientèle : licite lorsqu'elle est le fait d'un tiers, elle constitue de la part du vendeur, garant de son fait personnel, une tentative d'éviction de la clientèle vendue.

C'est ce qu'ont décidé plusieurs jugements et arrêts. Le tribunal de commerce d'Aix par exemple, dans un jugement du 11 mai 1926¹, a déclaré que malgré la clause par laquelle le vendeur s'est interdit sans limitation de durée d'exercer un commerce analogue au fonds vendu dans toute l'étendue d'une ville, il peut se rétablir dans cette ville pourvu qu'il ne s'installe pas dans les environs immédiats du fonds cédé et qu'il respecte sa clientèle, alors d'ailleurs que le temps qui s'est écoulé entre la cession et le rétablissement (cinq ans en l'espèce) a été suffisant pour permettre à l'acheteur de se faire connaître de cette clientèle. La clause d'interdiction non limitée quant au temps ne saurait, en effet, a dit le tribunal, être interprétée avec rigueur.

Un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation en date du 7 juillet 1936² s'exprime ainsi : « Lorsqu'aux termes des actes par lesquels le propriétaire d'un fonds de commerce d'hôtel-café, en même temps propriétaire de l'immeuble, a vendu le fonds en consentant

1. *Gaz. Pal.* 1926.2.177.

2. *Gaz. Pal.* 1936.2.672.

à l'acquéreur un bail d'une durée déterminée, il a été convenu que le vendeur ne pourra exploiter directement ou indirectement pendant la durée du bail un fonds de commerce similaire au fonds vendu à moins d'une distance de 500 m. à vol d'oiseau, le juge ne peut, après l'expiration du bail, sous prétexte de l'obligation de garantie à laquelle serait tenu le vendeur vis-à-vis de l'acquéreur, faire interdiction au vendeur pour un temps indéfini de toute exploitation d'un commerce similaire dans un rayon de 500 mètres. »

Un arrêt de la Cour de cassation a adopté cependant un autre critère qui nous semble difficilement acceptable. Il a validé une clause de non-rétablissement parce que sa durée n'excédait pas celle qu'il attribuait aux possibilités d'activité du vendeur. « On ne peut considérer, dit-il, comme contraire à l'ordre public la convention par laquelle un inventeur de procédés pour armements de guerre à tir rapide, qui a fait apport à une société de ces procédés moyennant une somme élevée, s'interdit pendant vingt-cinq ans alors qu'il est âgé de 46 ans tout commerce en concurrence avec celui qui fait l'objet de la société¹. »

Indépendamment de ce qu'a nécessairement d'arbitraire la fixation par un tribunal de la durée, sinon de la vie, au moins de l'activité d'un individu, il nous semble contraire au principe de la liberté du commerce d'admettre la validité d'une clause de non-rétablissement en tenant compte de la durée théorique et présumée de l'activité du vendeur et de ne pas la subordonner uniquement à sa limitation à la période d'instabilité de la clientèle vendue.

A l'heure actuelle, la jurisprudence reste à cet égard sans doctrine précise. Dans de nombreuses décisions elle

1. Paris, 12 janvier 1898, D. P. 1898.2.350 et sur pourvoi : Cass. civ.; 2 juillet 1900, D. P. 1901.1.294.

tend à valider les clauses d'interdiction à durée illimitée quand elles sont assorties d'une limitation de lieu.

« Est valable une restriction perpétuelle quant à la durée, mais limitée quant au lieu où peut s'exercer le commerce. Elle doit être respectée rigoureusement. » (Bordeaux, 24 fév. 1925; *Rec. Bordeaux*, 1924-1925.I. 135.)

« L'interdiction de ne pas faire un commerce de vins dans un périmètre déterminé même sans limitation de durée, n'est ni contraire à la liberté du commerce ni prohibée par la loi, cette interdiction portant au surplus sur un seul genre de commerce dans un rayon relativement restreint. » (Grenoble, 17 mai 1927; *Journ. Grenoble*, 1927-165).

« Est valable et doit être respectée l'interdiction de se rétablir faite par le cédant d'un fonds de commerce, bien qu'illimitée dans sa durée si elle est restreinte quant au lieu. En conséquence, le vendeur d'un fonds de commerce qui s'est interdit de se rétablir dans un rayon de 300 m. du fonds cédé ne peut ouvrir dans le périmètre interdit un fonds similaire sous le prétexte qu'il s'est écoulé depuis la vente un temps suffisamment long de dix-huit années pour que son successeur ne puisse en éprouver de préjudice. » (Trib. com. Le Havre, 11 mars 1929; *Rec. Havre*, 1929.I.99.)

Les décisions que nous venons de résumer et qui traduisent bien l'esprit actuel de la jurisprudence, nous paraissent très critiquables si tant est que l'on veuille encore concilier la clause de non-rétablissement avec le principe de la liberté du commerce. C'est sacrifier délibérément ce dernier que d'interdire le rétablissement du vendeur pour une durée illimitée, même si cette interdiction est circonscrite quant au lieu, car il nous paraît incontestable qu'après la période de fixation de la clientèle qui suit la vente du fonds, l'obligation du vendeur ne saurait plus être fondée sur la garantie de son fait per-

sonnel, son rétablissement n'étant pas alors plus préjudiciable à l'acheteur que ne le serait l'établissement d'un tiers possédant des qualités commerciales équivalentes.

III. — *Limitation quant'au lieu.*

Toutes les modalités d'interdiction sont possibles à condition qu'elles n'excèdent pas le rayon d'exploitation du fonds, auquel cas elles seraient contraires au principe de la liberté du commerce. Telle est la formule que nous considérons comme juridiquement exacte. Elle doit se combiner avec celle que nous avons donnée pour la limitation de durée. Et ainsi, envisageant l'hypothèse extrême d'un commerce ayant un rayon mondial d'activité, l'on voit que rien ne s'oppose à ce que l'interdiction de rétablissement porte sur le monde entier puisque pour être valable elle doit être circonscrite à la période de fixation de la clientèle vendue.

En pratique, on limite ordinairement l'interdiction à une zone déterminée que l'on peut délimiter de diverses façons.

Ou bien on la circonscrit par des limites administratives ou territoriales (ville, commune, canton, arrondissement, département, territoire national). Ou bien on la détermine par un cercle idéal dont le siège du fonds vendu constitue le centre. Deux formules peuvent alors être employées : l'interdiction est stipulée soit dans un rayon, soit dans une distance donnée.

Lorsque le terme « rayon » est employé par les parties, la jurisprudence admet que son étendue doit être calculée à vol d'oiseau¹ ou, suivant une autre décision, d'après les indications du cadastre².

Lorsque l'on a adopté l'expression « distance » on

1. Dijon, 23 juillet 1926, *Rec. Dijon*, 1927.2.49.

2. Trib. com. Le Havre, 24 avril 1929, *Rec. Havre*, 1929.1.126.

doit la calculer d'après la longueur de la voie de communication la plus courte (rues, routes, voies ferrées).

Cette distinction peut à bon droit paraître subtile à l'excès. Dans la langue usuelle, les deux mots rayon et distance n'ont pas nécessairement le sens différent que la jurisprudence leur attribue. Il serait préférable d'adopter dans tous les cas une solution unique, la longueur de la voie de communication la plus courte, et de réserver le calcul à vol d'oiseau au cas où les parties l'ont expressément stipulé. Il n'est pas niable, en effet, que l'éviction qui peut résulter pour l'acheteur du rétablissement du vendeur est fonction non d'une distance idéale entre les deux fonds, mais bien de leur distance réelle qui dépend elle-même des voies de communication existant entre eux.

La jurisprudence actuelle valide toute clause qui comporte une limitation de lieu. Un arrêt de la Cour de Bordeaux en date du 24 février 1925¹ l'a résumée parfaitement en déclarant, d'une part, que l'interdiction conventionnelle d'exercer un commerce, nulle quand elle est absolue, est au contraire valable lorsqu'elle est limitée, d'autre part, que la validité d'une restriction prévue perpétuelle quant à la durée, mais limitée quant au lieu est incontestable et s'impose rigoureusement au vendeur.

Un arrêt de la Cour de Rouen en date du 15 mai 1929² a décidé de même que la stipulation portant qu'une partie ne pourra faire un certain commerce « au Havre et hors du Havre », si elle a une durée indéterminée, n'est pas cependant contraire à l'ordre public quand il est manifeste eu égard à la matière du commerce exercé (en l'espèce la vente des cycles et accessoires) que le rayon d'action dans lequel l'une des parties entendait se garantir contre la concurrence de l'autre ne pouvait

1. *Rec. Bordeaux*, 1924-1925.1.135.

2. *Rec. Rouen et Caen*, 1929.1.166.

s'étendre qu'à la région pour laquelle la ville du Havre constitue le centre des affaires de ce genre. Cette décision est remarquable en ce que, malgré l'imprécision de la limitation stipulée, elle a validé la clause parce qu'il était possible en fait de déterminer le rayon d'action du fonds et par conséquent la zone que les parties avaient eu l'intention d'interdire. Elle montre à quel point la jurisprudence a tendance à se montrer large dans l'appréciation d'une limitation de lieu même lorsque la clause ne comporte aucune restriction de durée. L'on peut dire que dans ce cas elle ne consent à déclarer nulle, que l'interdiction qui porte sur une zone hors de laquelle le commerce ne saurait être utilement exploité. Un arrêt de la Cour de Paris en date du 11 mai 1933¹ s'est exprimé à ce sujet dans les termes suivants : « Est nulle la clause par laquelle le vendeur d'un établissement d'instruction pour chauffeurs de taxis exploité à Paris et ayant pour objet d'enseigner la topographie de Paris et les règlements de police parisiens, s'interdit de se rétablir ou de gérer un établissement similaire dans les départements de Seine et Seine-et-Oise, la liberté laissée au cédant de s'établir et reprendre sa profession au delà de ces départements étant absolument inutile et sans possibilité d'application. »

Cependant si la jurisprudence entérine avec facilité la limitation de lieu qui suffit, selon elle, à conférer validité à la clause, il est juste d'ajouter qu'en cas de doute elle l'interprète toujours restrictivement. Un arrêt de la Cour de Nancy en date du 9 juin 1931² a décidé par exemple que la clause par laquelle un vendeur s'interdit de se rétablir sur le territoire d'une ville ne s'étend pas à la commune limitrophe bien qu'ainsi il puisse bénéficier d'une partie de son ancienne clientèle.

1. *Gaz. Trib.*, 19 décembre 1933.

2. *Gaz. Pal.* 1931.2.627.

IV. — *Limitation quant au commerce.*

Une clause de non-rétablissement est illicite comme contraire au principe de la liberté du commerce lorsqu'elle vise tout commerce en général, quelles que soient les limitations de durée ou de lieu qu'elle comporte par ailleurs. L'on peut citer dans ce sens un arrêt de la Chambre des requêtes en date du 17 mai 1911¹ qui a décidé que la convention par laquelle un commerçant s'interdit pendant quatre ans la faculté d'exercer un commerce quelconque et même de faire aucune affaire, soit pour son compte, soit pour autrui, dans la colonie qu'il habite est nulle bien que limitée quant au temps et quant au lieu, car elle est contraire à la liberté du commerce et de l'industrie, attentatoire à la liberté humaine et au droit de vivre. Un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 10 mars 1933² a de même posé en principe que la liberté du travail et du commerce peut être valablement restreinte par les conventions des parties pourvu que ces conventions n'impliquent pas une interdiction générale et absolue quant à la nature même du travail et du commerce.

Ainsi toute clause de non-rétablissement doit nécessairement comporter une spécification limitée du commerce qu'elle prohibe. Elle ne sera licite que si elle vise, à l'exclusion de toute autre, les seules formes d'activité commerciale qui sont susceptibles de faire appel à la clientèle du fonds vendu en satisfaisant des besoins identiques.

En pratique, la clause porte ordinairement interdiction de se rétablir dans un commerce similaire ou concurrent en tout ou en partie. L'imprécision de cette formule s'explique par la difficulté qu'il y a à désigner de

1. D. P. 1913.1.342.

2. *Journ. des Trib. de Com.*, 1936, p. 9.

façon nette les formes que peut revêtir une activité concurrente et permet ainsi une application très large de l'interdiction. Cependant cette imprécision même rend souvent nécessaire le recours au contrôle des tribunaux qui n'ont pu dégager aucun critère théorique et se contentent d'apprécier en fait les cas d'espèce qui leur sont soumis en basant leurs décisions sur les usages du commerce et les coutumes locales. Nous aurons, lorsque nous étudierons la portée de la clause de non-rétablissement, à examiner les principales solutions qu'a données sur ce point la jurisprudence.

V. — Conclusion.

Il ressort de l'étude à laquelle nous venons de nous livrer que la jurisprudence valide la clause de non-rétablissement lorsqu'elle est limitée quant au commerce qui en fait l'objet et lorsqu'elle restreint soit la durée soit le lieu de l'interdiction¹.

Cette jurisprudence nous semble faire une application un peu trop large du principe de la liberté du commerce. Nous avons, en effet, déjà montré qu'il n'est possible dans aucun cas de fixer à la clause une durée illimitée, même si on restreint étroitement son champ d'application dans l'espace. Pour qu'elle puisse se concilier avec le principe de la liberté du commerce, sa durée ne doit pas dépasser la période d'adaptation de la clientèle aux conditions nouvelles d'exploitation du fonds vendu. C'est cette limitation qui, jointe à celle du commerce interdit, nous paraît essentielle. Dans l'espace, l'interdiction doit être circonscrite par les limites du rayon d'exploitation effective du fonds et dans le cas où son activité s'exercerait dans le monde entier, il s'ensuit

1. Cass. req., 31 octobre 1927, *Gaz. Pal.* 1927.2.943; Paris, 8 février 1932, *Gaz. Pal.* 1932.1.784; Cass. civ., 27 octobre 1936, *Gaz. Pal.* 1936.2.837; Cass. civ., 2 août 1938, *Gaz. Pal.* 1938.2.762.

que la clause de non-rétablissement, limitée quant au temps, pourrait être licite bien qu'illimitée quant au lieu. Quelques décisions semblent bien s'être prononcées dans ce sens, car elles exigent que la clause soit à la fois limitée dans le temps et dans l'espace. L'arrêt de la Cour de Paris du 17 février 1931 que nous avons déjà cité déclare qu'il appartient au juge du fonds de limiter à la fois dans le temps et dans l'espace l'interdiction de se rétablir qui résulte pour le vendeur de son obligation de garantie. De même un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation en date du 15 juin 1922¹ s'est exprimée dans les termes suivants : « Attendu que d'après l'article 7 de la loi des 2-17 mars 1791 toute personne est libre de faire tel négoce ou d'exercer telle industrie que bon lui semble; que si cette liberté peut être restreinte, soit par des conventions particulières soit par l'effet de l'obligation de garantie dont le vendeur est tenu envers l'acheteur, c'est à la condition qu'il n'en résulte pas une interdiction absolue, c'est-à-dire illimitée quant au temps et quant au lieu. »

Dans un sens diamétralement opposé, une décision de la Chambre des requêtes du 2 juillet 1918² a traduit un désir peut-être excessif de valider à tout prix une clause de non-rétablissement. Cet arrêt a jugé que l'interdiction faite au vendeur de se rétablir est licite sans limitation ni de lieu ni de temps, si elle comporte la stipulation qu'il aura le droit de reprendre sa liberté d'action en payant une indemnité fixée par le tribunal qui viendra en déduction du prix de vente du fonds. Dans ce cas, dit l'arrêt, on ne peut considérer que le vendeur a contracté une obligation perpétuelle, puisqu'il s'est réservé la faculté d'y mettre fin à tout moment moyennant le paiement d'un dédit à arbitrer par les tribunaux.

Cette décision, qui a été généralement critiquée et qui

1. *Gaz. Pal.* 1922.2.189.

2. *S.* 1918-1919.1.214.

est restée isolée, ne paraît pas avoir en droit un fondement très rigoureux et présente en fait un sérieux danger. En droit, l'obligation que contracte le vendeur est bien illimitée quant au temps et quant au lieu, donc illicite. La faculté de dédit l'affecte seulement d'une condition résolutoire, mais n'en modifie pas le caractère. Avant l'accomplissement de cette condition, l'interdiction s'applique sans aucune limitation, et est par conséquent contraire au principe de la liberté du commerce. A l'arrivée de la condition, c'est-à-dire au paiement du dédit, l'obligation du vendeur est résolue; il pourra se rétablir où et quand il voudra. Cette stipulation de dédit revient donc à faire fixer par un tribunal le montant des dommages-intérêts qui incombent au vendeur s'il décide de se rétablir durant la période de fixation de la clientèle et dans la zone d'activité du fonds. L'intérêt de cette stipulation est de faire écarter, du consentement des parties, toute mesure de fermeture. Mais il est évident qu'il serait contraire au principe de la liberté du commerce et à la jurisprudence que nous avons exposée qu'un tribunal condamne le vendeur qui s'est rétabli à une époque où la clientèle est de nouveau fixée au fonds, et dans un lieu qui échappe à son rayon d'action, à payer des dommages-intérêts si minimes soient-ils à l'acheteur. A la réserve de l'assurance procurée au vendeur que le tribunal ne pourra pas prononcer la fermeture du fonds, nous ne voyons donc pas l'intérêt que cette faculté de dédit, sainement interprétée, peut présenter en pratique. Par contre, elle peut comporter un danger certain si on prétend l'appliquer à la lettre, c'est-à-dire valider la clause en sanctionnant par le dédit tout rétablissement en quelque temps et quelque lieu qu'il se produise. Il est vrai que l'arrêt de la Cour suprême semble n'admettre la validité de la clause que moyennant deux garanties : la première, que le dédit ne soit pas fixé à l'avance par les parties, mais arbitré par le tribunal,

ce qui exclut la stipulation d'une somme d'un montant prohibitif pour le vendeur, la seconde, que l'indemnité ainsi fixée vienne en déduction du prix de vente, ce qui permet au vendeur de faire jouer le dédit même si l'état de ses ressources ne lui permet pas d'en acquitter le montant avec ses propres deniers.

Mais qu'advient-il en fait, si le prix de vente du fonds a été intégralement payé? Le juge devra-t-il proportionner le dédit à la valeur de la clientèle vendue ou aux ressources du vendeur? Et s'il ne considère que la valeur de la clientèle, comme il semble logique et équitable, si d'autre part le manque de ressources du vendeur l'empêche de payer l'indemnité fixée, ce dernier se trouvera dans une impossibilité absolue et définitive de se rétablir, ce qui est manifestement contraire au principe de la liberté du travail. Il suffit de se rendre compte que, dans la majorité des cas, c'est précisément le mauvais état des affaires du vendeur qui l'incite à se rétablir, pour apprécier à quel point peut être inéquitable sa condamnation à une indemnité qui peut entraîner pour lui une interdiction illimitée de se rétablir, à un moment où son rétablissement ne peut plus causer aucun préjudice à l'acheteur. Nous ne parlons même pas des dédits excessifs qui passeraient bientôt à l'état de clause de style et qui aboutiraient à la validation de clauses d'interdiction pratiquement illimitées, sauf contrôle des tribunaux qui s'avérerait souvent très délicat. La solution proposée par l'arrêt du 2 juillet 1918 nous paraît donc devoir être résolument écartée.

CHAPITRE II

NULLITÉ DE LA CLAUSE

I. — *Caractères de la nullité.*

Lorsque la clause de non-rétablissement viole le principe de la liberté du commerce, elle est nulle de plein droit comme contraire à l'ordre public.

Cette nullité est une nullité absolue : en conséquence elle peut être invoquée non seulement par les parties, mais par toute personne qui y a intérêt; elle ne peut être couverte par une confirmation, elle peut être soulevée pour la première fois en appel ou en cassation, elle doit être prononcée d'office par les tribunaux si les parties négligent de la soulever, enfin elle n'est sujette à aucune prescription.

II. — *Influence de la nullité de la clause sur le contrat de vente.*

La nullité de la clause est sans effet sur la validité du contrat, car elle n'en affecte pas l'un des éléments substantiels. Mais il ne s'ensuit nullement que, la nullité de la clause étant prononcée, l'acheteur demeure sans recours contre les agissements du vendeur. Il se trouve alors simplement dans la même situation que s'il n'avait pas stipulé dans le contrat de clause de non-rétablissement. La jurisprudence actuelle lui permet donc de se plaindre, non seulement des actes de concurrence déloyale de son vendeur, mais même du fait seul de son rétablissement pourvu qu'il ait lieu dans des conditions de temps et de lieu qui permettent de le considérer comme une tentative d'éviction de la clientèle vendue.

Un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 2 mai 1933¹ a eu à prononcer la nullité d'une clause de non-rétablissement inscrite à la charge d'un des anciens associés dans l'acte de dissolution d'une société en nom collectif portant cession du fonds à un autre associé, parce que la clause comportait une interdiction absolue et perpétuelle. Il n'en a pas moins décidé que cet ancien associé était tenu de s'abstenir de tout acte, manœuvre ou sollicitation susceptibles d'atteindre l'autre dans la clientèle et les droits qui lui avaient été cédés avec le fonds.

De même, un arrêt de la Cour de Paris du 11 mai 1933 que nous avons déjà cité a jugé que si la clause est nulle il ne s'ensuit pas que le cédant ne doive être tenu à la plus grande réserve pour la recherche de la clientèle et que les procédés de publicité abusifs et tendancieux, tendant à détourner à son profit la clientèle cédée, ne constituent des actes de concurrence déloyale passibles de dommages-intérêts.

1. *Gaz. Pal.* 1933.2.319.

TROISIEME PARTIE

Portée de la clause

CHAPITRE PREMIER

BÉNÉFICIAIRES DE LA CLAUSE

I. — *Ayants cause à titre universel de l'acheteur.*

Conformément au droit commun les ayants cause à titre universel de l'acheteur sont habiles à se prévaloir de la clause par laquelle le vendeur s'est engagé envers leur auteur à ne pas se rétablir. C'est, en effet, la conséquence logique de la transmission du patrimoine de l'auteur à l'ayant cause. Rappelons qu'entrent dans cette catégorie les héritiers légitimes et autres successeurs de l'acheteur, ses légataires universels ou à titre universel, les donataires de ses biens à venir.

II. — *Représentants de l'acheteur.*

Tout mandataire de l'acheteur, mandataire légal (tuteur de l'interdit, administrateur provisoire ou mandataire *ad litem* de l'interné) ou mandataire conventionnel, a également le droit d'opposer la clause au vendeur.

III. — *Ayants cause à titre particulier.*

La même solution doit-elle être donnée pour le donataire, l'échangiste, le sous-acquéreur ou le légataire à titre particulier de l'acheteur ?

A. Une jurisprudence constante accorde le droit d'action directe aux ayants cause à titre particulier de l'acheteur, notamment aux sous-acquéreurs du fonds¹.

Ceux-ci auraient donc le choix entre deux procédures : ou bien sommer leur auteur de poursuivre le vendeur rétabli, ou bien exercer directement et en leur propre nom une action contre le vendeur, en se basant sur l'engagement pris par lui envers leur auteur. C'est évidemment cette dernière action qui est la plus avantageuse pour le sous-acquéreur. D'une part, il évite ainsi le concours avec les créanciers de son auteur si celui-ci s'avère insolvable. D'autre part, il n'a pas à prouver l'éviction en vertu de laquelle il peut demander à son auteur le versement des dommages-intérêts que celui-ci aura obtenus du vendeur originaire. Ajoutons-y l'impossibilité pour l'acquéreur à titre gratuit d'intenter une action contre son auteur.

B. Mais l'on voit immédiatement à quel obstacle se heurte l'octroi au sous-acquéreur d'une action directe et personnelle contre le premier vendeur. L'engagement que ce dernier prend envers l'acheteur de ne pas se rétablir est une convention conclue entre deux personnes dénommées qui, en vertu de l'article 1165 du Code civil, n'a d'effet qu'entre les parties contractantes et ne peut ni nuire ni profiter aux tiers. La multiplicité des théories juridiques que la jurisprudence et la doctrine invoquent pour justifier cette action suffit à elle seule à démontrer leur fragilité.

Nous allons les passer successivement en revue :

a) *La clause considérée comme un élément du fonds.*

Dans une première théorie adoptée par quelques

1. Cass. req., 29 juillet 1908, *Gaz. Pal.* 1908.2.322; Lyon, 1^{er} mars 1926, D. H. 1926.259; Rouen, 15 novembre 1938, *Gaz. Pal.* 1939.1.326.

arrêts¹ et quelques auteurs² on admet que l'obligation du premier vendeur a avec le fonds un lien intime, qu'elle contribue à en augmenter la valeur, qu'elle constitue en un mot un élément nouveau du fonds. C'est donc en tant qu'élément du fonds que l'acquéreur la cède au sous-acquéreur en même temps que tous les autres éléments.

Cette explication nous semble une pure pétition de principe. Elle se contente en effet d'affirmer qu'une obligation personnelle du vendeur devient un élément du fonds vendu sans justifier cette solution autrement que par la plus-value que donne au fonds l'engagement du vendeur. Cette notion de plus-value, incontestable en fait, ne nous paraît pas devoir en droit conférer à la clause de non-rétablissement le caractère d'élément transmissible à tout nouvel acheteur. Les véritables éléments du fonds dont la loi du 17 mars 1909 a donné une liste limitative (enseigne, nom commercial, droit au bail, achalandage, clientèle) ont ce caractère commun de permettre par leur réunion l'exploitation du fonds. La clause de non-rétablissement se rattache à l'un de ces éléments, elle est destinée à en assurer une possession paisible, mais elle ne saurait constituer à elle seule un élément nouveau qui viendrait se surajouter à ceux qui entrent dans la constitution de l'universalité juridique qu'est le fonds de commerce.

b) *La clause considérée comme un droit réel mobilier.*

C'est précisément pour échapper à cette antinomie d'un droit personnel transmissible avec la propriété du fonds que l'on a tenté de faire de l'engagement de ne pas se rétablir un véritable droit réel analogue à une servitude positive créé au profit du fonds de commerce.

1. Trib. Com. Seine, 7 octobre 1897, *Journ. des Trib. de Com.* 1899.169; Lyon, 17 décembre 1930, *Mon. Jud. Lyon*, 23 octobre 1931.

2. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 5^e édit., t. III, p. 218.

Cette théorie a été nettement exprimée par un arrêt souvent cité rendu par la Cour d'appel de Rouen le 28 novembre 1925¹. Cet arrêt, rendu dans une espèce où la clause de non-rétablissement avait été stipulée à la charge de l'acheteur par le vendeur qui n'avait cédé qu'une partie de son fonds en se réservant de continuer à exploiter l'autre, s'exprime en ces termes : « Attendu que certains des droits incorporels dont l'ensemble joint aux droits corporels, constitue le fonds de commerce, peuvent être affectés de modalités diverses, telle, en l'espèce, la condition de ne pas exercer dans un temps déterminé et dans un lieu circonscrit une branche commerciale dont le vendeur initial s'est réservé l'exploitation; que la rétention au profit du vendeur de la branche commerciale envisagée et la défense acceptée par les acheteurs d'exercer un commerce similaire impliquent pour les parties l'intention de supprimer tout risque de concurrence, non seulement de la part des acheteurs au contrat, mais encore de tous exploitants éventuels du fonds cédé; qu'il s'ensuit que les droits ainsi convenus constituent non une obligation personnelle à la charge des vendeurs, obligation dont la cession à des tiers eût dû être expressément stipulée, mais un droit réel mobilier qui s'exerce de façon absolue à l'égard de tous exploitants successifs du fonds cédé; qu'il découle de l'existence du droit réel mobilier ci-dessus envisagé l'impossibilité pour les époux Marevery, qui, aux termes de l'article 1122 du Code civil, sont réputés avoir stipulé tant pour eux-mêmes que pour leurs ayants cause, de céder à leur acheteur, la Société Louise Renault et Cie, un droit plus ample que celui qu'ils tiennent eux-mêmes de leurs vendeurs, c'est-à-dire la propriété du fonds autrement qu'affectée du droit réel qui la grève. »

1. D. P. 1927.2.72.

Cet arrêt pose ainsi en principe que la clause de non-rétablissement est un droit réel mobilier qui grève le fonds et se transmet passivement avec lui à tous les acquéreurs successifs si la clause est stipulée au profit du vendeur. Inversement, si elle est stipulée au profit de l'acheteur son bénéfice se transmettrait avec le fonds à tout nouveau propriétaire. Cette opinion appelle de sérieuses réserves.

Tout d'abord le droit français admet une liste limitative de droits réels qui sont la propriété, l'usufruit, l'usage, l'habitation, les servitudes réelles, le gage, les privilèges, les hypothèques, le droit de jouissance qui résulte des baux emphytéotiques. Ces droits réels sont dits mobiliers quand ils portent sur une chose mobilière.

Peut-on faire entrer la clause de non-rétablissement dans l'un de ces droits réels ? On l'a tenté en l'assimilant à une servitude positive créée au profit du fonds. Mais cette assimilation se heurte à la définition qui est donnée des servitudes par l'article 686 du Code civil : « Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés ou en faveur de leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds. »

En premier lieu, il n'est pas sérieusement contestable que par « fonds » le Code a entendu signifier « immeuble ». Or le fonds de commerce constitue un meuble incorporel et non un immeuble. D'autre part, il semble difficile d'admettre que la clause de non-rétablissement soit imposée à un fonds et non à la personne du vendeur, même si on considère qu'elle l'est au profit d'un fonds. Il est donc impossible d'assimiler la clause à une servitude même qualifiée de mobilière. Peut-on alors faire de la clause de non-rétablissement un droit réel nouveau ?

Rien ne s'y opposerait si la clause était l'objet comme

l'est tout droit réel de formalités légales de publicité. En leur absence nous ne voyons pas la possibilité de soutenir l'argumentation de l'arrêt de la Cour de Rouen. Cet arrêt lui-même, après avoir conféré à la clause le caractère d'un droit réel mobilier s'appuie aussitôt après sur un argument tout différent qu'il tire de l'article 1122 du Code civil et qui consiste à dire que tout débiteur est réputé avoir stipulé pour lui-même et ses ayants cause. Ce second argument est parfaitement inutile si l'on soutient que la clause est un droit réel puisque tout droit réel est de par sa nature-même opposable aux tiers ou par les tiers, donc *a fortiori* aux ayants-cause ou par les ayants cause.

c) *La clause considérée comme une obligation réelle.*

L'on entend par obligation réelle un rapport de droit à la fois réel et personnel, c'est-à-dire un intermédiaire entre le droit de créance et le droit réel. Ce concept a été particulièrement étudié par de Juglart dans sa thèse : *Obligation réelle et servitudes*.

Entre le droit de créance qui établit un rapport juridique entre deux personnes et le droit réel qui, dans la théorie classique tout au moins, fait naître ce rapport entre une personne et une chose, il existe en droit français certaines obligations qui tiennent à la fois de l'un et de l'autre, personnelles en tant qu'elles lient deux personnes entre elles; réelles en tant qu'elles sont attachées à la propriété d'une chose et s'éteignent par l'abandon de cette chose en passant sur la tête de son nouveau possesseur.

Dans notre ancien droit où droit réel et droit personnel étaient souvent intriqués et confondus, il en était ainsi des obligations de servage (corvées, banalités, dîmes) qui constituaient des engagements personnels, mais qui, étant accessoires du droit de propriété, deve-

naient des charges réelles auxquelles on pouvait se soustraire en déguerpissant le fonds.

Dans notre droit actuel, sous la dénomination de servitudes naturelles et légales certaines obligations, positives sont mises par le Code civil à la charge du propriétaire d'un fonds. Il en est ainsi du bornage, de la clôture, de la cession de mitoyenneté. L'article 698 permet au propriétaire du fonds dominant de mettre à la charge du propriétaire du fonds servent les travaux nécessaires pour user de la servitude et la conserver et l'article 699 permet à ce dernier de s'affranchir de cette charge en abandonnant le fonds. Il s'agit donc bien d'un droit personnel soudé à la servitude, d'une obligation bâtarde qui existe entre deux personnes, mais qui disparaît avec la propriété du fonds en se transmettant au nouveau propriétaire. Il en est de même de toutes les obligations qui naissent du voisinage de deux fonds à la charge de leurs propriétaires. Ce sont ces obligations que l'on désigne sous le nom d'obligations réelles après les avoir autrefois dénommées obligations *propter rem* ou obligations semi-réelles. Il y faudrait comprendre également toutes les obligations qui se transmettent à l'ayant cause à titre particulier du créancier ou du débiteur.

Pour de Juglart l'obligation réelle est une obligation alternative, ce terme n'étant pas pris dans son sens juridiquement étroit, mais dans son sens vulgaire. Selon que le débiteur réel accepte ou écarte le déguerpissement, elle se rapproche du droit réel ou du droit personnel, et c'est par le déguerpissement que s'explique la transmission de l'obligation à l'ayant cause à titre particulier. « La renonciation apparaît alors comme étant une limitation de la responsabilité dont elle légitime la dépersonnalisation et une affectation au créancier réel d'une certaine fraction du patrimoine grevé de l'obligation ou même du droit qui démembrait sa propriété.

C'est dans ce sens que l'on peut dire que l'obligation réelle tend vers le droit réel. Mais tout refus de déguerpir et, par conséquent, toute acceptation de responsabilité personnelle, du moins apparemment, déplace le droit de l'objet vers le sujet; c'est alors le patrimoine tout entier qui doit au patrimoine : le personnel l'emporte sur le réel¹. »

L'obligation réelle constitue un intermédiaire entre le droit personnel et le droit réel non seulement par ce caractère alternatif, mais encore par son but qui est à la fois celui du droit réel et celui du droit personnel. De Juglart définit le droit réel comme un rapport de droit en vertu duquel une chose se trouve d'une manière immédiate et exclusive, en tout ou en partie, soumise au pouvoir d'appropriation d'une personne, et le droit personnel comme un rapport de droit en vertu duquel le créancier utilise les services du débiteur. Ceci étant, le but de l'obligation réelle peut être défini comme une appropriation de richesse par une utilisation de services et l'obligation réelle elle-même comme un rapport de droit réel et personnel à la fois, réel car il a pour but l'appropriation de richesses, personnel car il ne se réalise que par l'utilisation positive (prestation) ou négative (abstention) d'un service, sous réserve du droit d'abandon ou déguerpissement.

La notion d'obligation réelle étudiée par de Juglart dans ses rapports avec les servitudes peut être selon lui étendue à d'autres rapports de droit tels que la clause de non-rétablissement dans les ventes de fonds de commerce. « L'obligation réelle peut, en effet, dit-il, être conçue sous deux angles différents : d'une part service ou abstention ou même simple tolérance imposée à une personne à l'occasion de son fonds pour l'usage et l'utilité d'un autre fonds, d'autre part, service ou abstention

1. De Juglart, *op. cit.*, p. 283.

ou simple tolérance imposée à une personne pour une autre personne à l'occasion d'un fonds ou pour un fonds. Dans les deux cas il y mélange du réel et du personnel, dans les deux cas l'obligation réelle traduit la liaison d'un rapport de droit à deux fonds déterminés. »

La notion d'obligation réelle paraît caractériser assez heureusement les droits hybrides qui, tels que la clause de non-rétablissement, bénéficient aux ayants cause à titre particulier du créancier. Mais elle ne constitue nullement une explication de cette transmission. Elle définit exactement le caractère juridique des droits personnels qui sont soudés par la loi aux droits réels de servitudes. Mais lorsque la loi elle-même n'a pas créé de telles obligations, il n'est pas possible de justifier à la fois le caractère d'obligation réelle par la transmission du droit au sous-acquéreur et cette transmission par la notion d'obligation réelle. Il faut que cette transmission soit édictée par la loi. Telle est bien en définitive la conclusion même de de Juglart puisqu'il convient comme nous qu'à défaut d'un texte de loi, la transmission d'une obligation réelle aux ayants cause à titre particulier du débiteur ou du créancier ne peut se justifier que par une publicité légale.

d) *Transmission de la clause au sous-acquéreur par application de l'article 1122 du Code civil.*

Cet article est ainsi conçu : « On est censé avoir stipulé pour soi et ses héritiers ou ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention. »

Pour appliquer ce texte au sous-acquéreur, il faut d'abord interpréter le terme « ayant cause » comme signifiant « ayant cause à titre particulier » ; il faut ensuite que la clause de non-rétablissement puisse être considérée comme une convention susceptible de bénéficier à un ayant cause à titre particulier.

Sur le premier point, telle est bien l'opinion de M. Demogue¹ : « Il semble, dit cet auteur, que le texte n'ajoutant aucun qualificatif au mot ayant cause et l'employant à côté du mot héritier a voulu viser tous les ayants cause. Il apparaît donc que le terme ayant cause a une portée générale, sauf à fixer dans quelle mesure l'ayant cause à titre particulier profite des stipulations. » Et M. Demogue cite à l'appui de cette interprétation Pothier² et Ferrière³. Ce dernier s'exprime ainsi : « Ayants cause sont ceux qui représentent quelqu'un et tiennent leur droit de lui médiatement ou immédiatement autrement néanmoins que par succession. Un homme stipule pour lui, ses hoirs et ayants cause. Par le terme d'hoir on entend ses héritiers, par le terme d'ayant cause on entend tous ceux qui pourront le représenter à tout autre titre, soit de legs, donation, acquisition, échange, etc. » Un arrêt de la Cour de Paris en date du 21 février 1900⁴ s'est prononcé dans ce sens.

L'opinion opposée est néanmoins soutenue avec force par MM. Baudry-Lacantinerie et Barde⁵.

Sur le deuxième point, M. Demogue et avec lui M. Lepargneur⁶ admettent que la clause de non-rétablissement peut être considérée comme entrant dans la catégorie des conventions qui deviennent des accessoires de la chose cédée comme consolidant, augmentant, amoindrissant ou transformant le droit du vendeur sur cette chose antérieurement à l'acte de cession.

Or, ces conventions accessoires doivent profiter aux ayants cause à titre particulier, car elles leur sont trans-

1. *Traité des obligations*, t. VII, p. 33.

2. Edition Bugnet, t. II, p. 38.

3. *Dictionnaire de droit et de pratique*, 1749, V^o « Ayant cause », p. 221.

4. D. P. 1900.2.476.

5. *Des obligations*, t. I, n^o 225.

6. « De l'effet à l'égard de l'ayant cause à titre particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs aux biens transmis », *Revue de droit civil*, 1924, p. 488.

mises en même temps que la chose elle-même : « On peut dire, écrit M. Demogue, que tel droit personnel est devenu l'accessoire de la chose. » C'est ce qui arrive notamment lorsqu'un contrat n'a de valeur que pour celui qui exploite un bien. Le contrat et le droit de créance qui en découle se transmettent alors avec le bien en vertu de l'adage *Accessorium sequitur principale*. MM. Aubry et Rau¹ sont cependant d'un avis contraire et MM. Baudry-Lacantinerie et Barde déclarent que l'on ne peut admettre la transmission des stipulations concernant la chose avec la chose elle-même sans une présomption légale.

Telle est la théorie qui est le plus généralement soutenue à l'heure actuelle. Le sous-acquéreur, en qualité d'ayant cause à titre particulier de l'acheteur originaire, peut en vertu de l'idée de transmissibilité des droits accessoires, se prévaloir de contrats faisant naître des droits dont l'exercice ne peut être conçu ou ne présente d'intérêt que pour celui qui jouit du bien transmis².

La principale objection que l'on peut faire cependant à cette théorie est que, malgré les apparences, elle ne résout nullement la contradiction qu'il y a à faire d'une obligation incontestablement personnelle l'accessoire d'une chose opposable ou transmissible à un ayant cause à titre particulier de son propriétaire pour lequel cette obligation est *res inter alios acta*. Considérer cette obligation comme un accessoire de la chose ou comme un droit réel mobilier c'est se heurter au même écueil. Pour rendre un droit personnel transmissible à tout acquéreur de la chose qu'il concerne, il faut en faire l'objet d'une publicité légale. A défaut de cette publicité, il rentre dans la sphère de l'article 1165 du Code civil, il ne peut nuire ni profiter aux tiers. En effet, si l'accession d'un

1. *Cours de droit civil français*, 5^e édit., t. II, p. 99.

2. Planiol, Ripert et Esmein, *Traité de droit civil*, t. I, n° 331.

droit à une chose n'est pas fondée sur la publicité de ce droit il faut trouver un critère qui la justifie. La formule qu'emploient les auteurs que nous avons cités est que le contrat ait consolidé, augmenté, amoindri ou transformé la chose sur laquelle il porte, en d'autres termes qu'il s'y soit incorporé de telle sorte que l'on ne puisse concevoir la propriété de la chose sans la propriété du contrat y afférent.

Mais cette incorporation d'un droit de créance à une chose au moyen d'un critère aussi vague ne va pas sans de nombreuses difficultés pratiques. Tous les contrats personnels relatifs à une chose seront-ils considérés comme des droits accessoires de cette chose, quel qu'en soit l'objet pourvu qu'ils en aient seulement modifié tant soit peu la valeur? Cela paraît assez difficilement soutenable. Dans le cas de vente d'un fonds de commerce, seul cas que nous envisageons ici, l'engagement du vendeur de ne pas se rétablir sera donc considéré comme un droit accessoire du fonds. Mais supposons que le vendeur se soit engagé envers l'acheteur à le présenter à sa clientèle et que la revente, qui ne vise pas cette clause, ait lieu avant l'exécution de cet engagement. En fera-t-on également un droit accessoire et le sous-acquéreur pourra-t-il en exiger l'exécution? Il s'agit bien d'un contrat qui porte sur l'un des éléments du fonds et qui en augmente la valeur pour celui qui exploite le fonds et pour celui-là seul. Il semble pourtant inexact de dire que cet engagement, qui a pu être inconnu du sous-acquéreur au moment de la revente et n'a donc pas influé sur le prix alors stipulé, qui par ailleurs a pu être consenti par le premier vendeur uniquement en considération de la personne de son cocontractant, puisse être opposé à ce vendeur par le sous-acquéreur du fonds. Dira-t-on que cette solution différente tient à ce que la clause de présentation à la clientèle ne repose pas comme la clause de non-rétablissement sur un fondement juri-

dique (garantie d'éviction) qui la rend obligatoire dans toute vente de fonds, à telle enseigne que la jurisprudence en arrive à la sous-entendre quand elle n'est pas exprimée ? Alors, le critérium adopté s'avère inexact et il faut en chercher un autre qui puisse justifier de façon satisfaisante l'accession d'un droit de créance qui n'est l'objet d'aucune publicité à la propriété d'une chose qui est par essence un droit réel. Ce critérium reste encore à trouver, car l'on ne peut considérer comme satisfaisante la distinction à la fois subtile et imprécise entre l'accessoire et le relatif que proposent certains auteurs¹.

Suivant ces auteurs, en effet, seuls se transmettraient à l'ayant cause à titre particulier les droits accessoires au bien cédé. Les droits simplement relatifs à celui-ci ne seraient pas transmis de plein droit, sauf exceptions légales. Il en serait de même pour les droits qui résultent d'une convention passée en considération de la personne du créancier.

Il est à peine besoin de faire observer combien dans la pratique il pourrait être délicat de déterminer à quelles conditions un droit cesse d'être relatif à un bien pour lui devenir accessoire.

e) *Transmission de la clause au sous-acquéreur par application de l'article 1121 du Code civil.*

Devant ces difficultés certains auteurs se refusent à appliquer l'article 1122 aux ayants cause à titre particulier tels que le sous-acquéreur. Ils proposent de le faire bénéficier de la stipulation de son cédant en lui appliquant les règles de la stipulation pour autrui, règles que la doctrine moderne a singulièrement élargies.

« L'on peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on

1. Voir en particulier Mourgeon, « Effet des conventions à l'égard des ayants cause à titre particulier en droit français. »

fait pour soi-même ou d'une donâtion que l'on fait à un autre. » Ainsi s'exprime l'article 1121 du Code civil. Dès lors il suffit de dire que si la stipulation que le propriétaire fait pour lui-même est de telle nature qu'elle sert à la bonne exploitation de sa chose, et qu'elle ne lui servira plus le jour où il l'aura cédée, il a entendu stipuler implicitement pour son acquéreur qui seul pourra désormais profiter de la stipulation. C'est la théorie de la stipulation implicite qui a pris naissance à la faveur de l'extension sans cesse accrue que doctrine et jurisprudence ont donnée à la notion de stipulation pour autrui.

Depuis un arrêt de la Chambre des requêtes en date du 30 avril 1888¹ de nombreuses décisions judiciaires et la grande majorité des auteurs admettent en effet la validité générale de la stipulation pour autrui, même en dehors des deux conditions posées par l'article 1121. Il faut cependant, pour qu'une stipulation pour autrui soit valable, d'une part que le stipulant y ait un intérêt moral ou pécuniaire, d'autre part qu'il ait l'intention de faire bénéficier le tiers de la stipulation et enfin que le promettant ait connaissance de cette intention.

En ce qui concerne la clause de non-rétablissement, il ne nous semble pas douteux que l'acheteur n'ait un intérêt pécuniaire à stipuler pour son sous-acquéreur éventuel. L'élément clientèle a, en effet, dans toute vente de fonds une valeur marchande et pour que l'acheteur obtienne ultérieurement de cet élément le prix qu'il en a lui-même donné, il faut que celui auquel il revendra le fonds puisse exiger du vendeur originaire le respect de son engagement.

Que l'acheteur ait également lors de la vente l'intention de faire bénéficier les sous-acquéreurs de la clause de non-rétablissement souscrite par son vendeur, cela

1. S. 1890.1.407, D. P. 1888.1.291.

nous paraît être la conséquence logique de l'intérêt qu'il y trouve.

Mais ce qui nous semble infiniment plus difficile à concevoir, c'est comment le vendeur qui s'engage envers un acheteur nommément désigné et envers lui seul, a connaissance de son intention de stipuler implicitement pour tout possesseur ultérieur du fonds en même temps que pour lui-même. Cette difficulté n'a pas échappé à certains auteurs, qui, ne pouvant la résoudre de façon satisfaisante, en sont réduits à faire appel à une idée voisine bien qu'essentiellement différente celle d'une cession tacite d'action¹. Nous revenons ainsi à l'idée d'un droit réel ou accessoire cédé avec le fonds bien plutôt qu'à une stipulation pour autrui que ces auteurs hésitent à appliquer à l'action directe du sous-acquéreur.

Il n'est guère possible, en effet, de rendre tacites et l'intention de stipuler pour le sous-acquéreur et la connaissance par le vendeur de cette intention, car cela revient à dire que toute clause susceptible de procurer à un tiers les mêmes avantages qu'au stipulant constitue en sa faveur une stipulation implicite. Bien que certains auteurs, notamment M. Demogue, ne voient pas *a priori* d'obstacle à ce que toute clause avantageuse pour un tiers lui crée un droit propre, ils reculent néanmoins devant les conséquences juridiques qu'une telle théorie entraîne en pratique. Créer, en effet, un droit pour un tiers, sans intention nettement exprimée par les parties, en le basant sur une présomption de stipulation implicite, c'est rendre ce droit irrévocable par l'acceptation du tiers et interdire aux parties de modifier ultérieurement leur contrat. « On doit hésiter, dit M. Demogue (*op. cit.* p. 132), devant une pareille conséquence qui don-

1. Cf. Demogue, *op. cit.*, p. 133 et sa référence à un arrêt de la Chambre des requêtes du 18 mai 1868, S. 1868.1.246, arrêt qui parle de clause dans l'intérêt de l'établissement.

nerait au contrat une rigidité qui n'aurait pas été prévue par les parties. » Il semble impossible en effet d'enlever aux parties la faculté de modifier d'un commun accord et à quelque moment que ce soit les termes du contrat qui les lie. Cette souplesse permanente de la convention est la conséquence obligatoire de la théorie française de l'autonomie de la volonté sur laquelle repose notre conception du contrat. Faire de celui-ci une construction juridique figée dans sa forme primitive et désormais intangible parce que censée stipulée au profit des ayants cause de son bénéficiaire, c'est faire abstraction de la volonté ultérieure des parties et c'est renoncer à l'un des principes fondamentaux de notre droit civil.

En fait la jurisprudence reconnaît à l'acheteur le droit de renoncer à la clause, d'autoriser son vendeur à se rétablir. Dans ce cas, elle n'accorde plus au sous-acquéreur une action directe contre le vendeur originaire puisque l'engagement de ce dernier est annulé. Elle lui reconnaît seulement une action en réduction de prix contre son propre vendeur¹. Cette solution paraît fondée en droit, car on ne peut refuser à l'acheteur le droit de renoncer à la clause. Mais cette renonciation est inconciliable avec la notion de stipulation pour autrui, puisque le sous-acquéreur est réputé avoir accepté la stipulation faite à son profit par le fait même de son acquisition et qu'à dater de ce moment la stipulation devrait être considérée comme irrévocable.

Nous concluons donc que la notion de stipulation implicite pour autrui ne saurait justifier de façon satisfaisante l'action directe du sous-acquéreur.

f) *Justification de l'action directe du sous-acquéreur par application de l'article 1382 du Code civil.*

Une théorie essentiellement différente, soutenue no-

1. Lyon, 1^{er} mars 1926, D. H. 1926.259.

tamment par M. Lalou¹, base l'action directe du sous-acquéreur sur une notion singulièrement élargie et hardie de la faute délictuelle ou quasi-délictuelle.

Selon la doctrine classique, faute délictuelle et faute contractuelle sont deux concepts juridiques nettement opposés. La faute contractuelle engage son auteur envers son cocontractant et envers lui seul. Aux termes de l'article 1165 du Code civil, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent pas aux tiers et elles ne leur profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 (stipulation pour autrui). La violation du contrat met donc son auteur en état de faute à l'égard de son cocontractant. Elle donne à ce dernier une action fondée sur le contrat pour en obtenir le respect. Mais le contrat ne devant par définition ni nuire ni profiter aux tiers ceux-ci, même si son inobservation leur cause indirectement un dommage, n'ont aucune action contre les parties pour leur réclamer l'exécution de la convention ou le paiement de dommages-intérêts. Seul est susceptible de se plaindre de la faute commise celui envers lequel l'engagement a été pris, seul il a le droit de réclamer et d'obtenir réparation de cette faute. Telle est la doctrine classique dans sa rigueur.

Mais le principe sur lequel elle repose est actuellement qualifié d'égoïste. On lui oppose la règle d'équité de l'article 1382 du Code civil qui oblige celui qui par sa faute a causé à autrui un dommage à le réparer. Et dans le cas qui nous occupe, l'on soutient que le fait seul de la violation d'un contrat, s'il constitue entre les parties une faute contractuelle, peut constituer vis-à-vis d'un tiers une faute délictuelle ou quasi-délictuelle.

Dans ce cas le tiers possède une action directe contre la partie qui viole le contrat, cette action étant basée sur le dommage que son inexécution lui cause et sur la faute

1. 1.382 contre 1.165, D. H. *Chronique*, 1928, p. 72.

que commet l'une des parties envers l'autre. Toute faute contractuelle entre les parties constituerait donc *ipso facto* une faute délictuelle ou quasi-délictuelle envers tout tiers auquel la violation du contrat porte préjudice.

Le seul exposé de cette théorie suffit à en faire apparaître le caractère spécieux. Certes, toute personne a le droit de réclamer en vertu de l'article 1382 la réparation du dommage qui lui a été causé par le fait d'un tiers, que ce fait constitue ou non en même temps la violation d'un contrat. Il s'ensuit que rien ne s'oppose à ce que le fait qui constitue une faute contractuelle entre les parties puisse être invoqué également comme une faute quasi-délictuelle par un tiers.

Mais autre chose est d'établir une action sur le lien de fait qui existe entre la violation d'un contrat et le préjudice allégué et de la fonder sur le lien de droit qui existe entre l'auteur de cette violation et son cocontractant.

La responsabilité de l'article 1382 vise le fait en lui-même considéré isolément comme dommageable. La responsabilité de l'article 1165 se rapporte aux seules conséquences que ce fait entraîne au regard de l'exécution d'un contrat et ne peut être mis en jeu que dans les rapports des cocontractants.

C'est ce que la jurisprudence dégage nettement chaque fois qu'une telle espèce lui est soumise. Nous citerons notamment un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation en date du 22 juillet 1931¹ : « Attendu, dit cet arrêt, qu'en matière de délit ou de quasi-délit, toute faute quelconque oblige son auteur à réparer le dommage provenant de son fait; que si dans les rapports des parties entre elles les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil ne peuvent, en principe, être invoquées pour le règlement de la faute commise dans l'exécution

1. *Gaz. Pal.* 1931.2.683.

d'une obligation résultant d'un engagement contractuel, elles reprennent leur empire au regard des tiers étrangers au contrat...

« Attendu que des qualités et des motifs de l'arrêt attaqué, il résulte que la veuve Condé n'a pas fondé son action sur l'inexécution par l'Air liquide de ses obligations au regard de son acheteur, que, reconnaissant que le contrat intervenu entre ces deux parties lui est étranger, elle puise uniquement son droit dans la faute délictuelle commise par la dite Société en mettant en circulation une bouteille d'acétylène dont l'éclatement a occasionné la mort de l'ouvrier Condé appelé par son travail à manipuler cet engin.

« Attendu, en effet, qu'en même temps qu'un manquement à l'obligation contractuelle dans les rapports entre les deux parties contractantes, ce fait, envisagé en lui-même et en dehors de tout point de vue contractuel, peut constituer au regard de la victime et de ses ayants droit une faute délictuelle engageant la responsabilité de l'Air liquide. »

Cet arrêt, de même qu'un arrêt précédent¹ a été rendu en matière d'accident du travail. Dans l'une et l'autre espèce il s'agissait d'ouvriers qui avaient été victimes d'une malfaçon dans les objets manipulés par eux. Après avoir obtenu la rente ou l'indemnité prévue par la loi du 9 avril 1898, les demandeurs avaient poursuivi les fabricants de ces objets en paiement de dommages-intérêts en raison de la faute par eux commise. L'arrêt ci-dessus rapporté admet le principe de la demande parce que son auteur l'a fait reposer sur une faute quasi-délictuelle du fabricant envers la victime sans invoquer le contrat qui liait le fabricant à l'employeur. L'arrêt de 1925, par un motif juridiquement conforme avait rejeté le principe d'une demande que l'on avait prétendu

1. Cass. civ., 23 novembre 1925, *Gaz. Pal.* 1926.1.102.

baser sur la garantie des vices cachés qu'en vertu de son contrat de vente le fabricant devait à l'employeur.

Nous pensons que ces deux arrêts dégagent parfaitement les véritables principes qui doivent régir la notion de faute. Le même fait peut avoir pour conséquence de mettre à la charge de l'un des cocontractants une faute contractuelle envers l'autre partie et une faute quasi-délictuelle envers un tiers. Un même fait peut donc entraîner pour son auteur deux fautes distinctes, mais il ne s'ensuit pas que la faute contractuelle elle-même puisse être invoquée par un tiers en devenant alors par un artifice de terminologie une faute quasi-délictuelle. En d'autres termes, un tiers ne peut incriminer un fait en tant qu'il constitue la violation d'un contrat auquel lui-même est étranger; il devra faire la preuve d'une relation directe entre le préjudice qu'il invoque et l'acte qu'il incrimine en le dégageant de tout rapport avec le contrat, acte dont il devra démontrer par ailleurs le caractère illicite à son égard.

Ces principes dont l'intangibilité nous paraît absolue excluent toute justification par l'article 1382 de l'action directe du sous-acquéreur.

g) *Essai de justification de l'action directe du sous-acquéreur par la théorie de l'enrichissement sans cause.*

La conclusion de l'étude critique que nous venons de faire des différents systèmes jusqu'ici proposés pour justifier en droit l'action directe du sous-acquéreur est qu'en l'absence de toute formalité légale de publicité de la clause de non-rétablissement, seule peut être admise une théorie juridique qui explique la transmission au tiers du bénéfice de la clause tout en respectant son caractère d'engagement strictement personnel. C'est dire qu'en s'efforçant de concilier le caractère personnel d'un engagement avec sa transmissibilité à un tiers pour lequel il est *res inter alios acta*, on s'enferme dans un

dilemme insoluble et que les multiples tentatives d'explication que nous avons étudiées nous paraissent avoir été vaines.

Est-il donc impossible en l'état actuel de notre droit de justifier l'action directe que la jurisprudence accorde au sous-acquéreur et doit-on condamner cette jurisprudence qui, seule, est susceptible de mettre un frein efficace aux tentatives de rétablissement prohibé en même temps qu'elle procure au sous-acquéreur lésé des avantages précieux? Nous pensons que l'on peut éviter d'adopter une solution aussi rigoureuse et trouver à cette action une base juridique à peu près satisfaisante dans la théorie de l'enrichissement sans cause, l'action directe du sous-acquéreur devenant ainsi une variété de l'action *de in rem verso*.

1^o *Rappel des principes de l'enrichissement sans cause.*

— La théorie de l'enrichissement sans cause qui n'est ni prévue ni définie par aucun texte de loi est cependant appliquée dans un assez grand nombre de cas par le Code civil, notamment dans les articles 555 (constructions sur le sol d'autrui), 570 et 571 (de l'accession relativement aux choses mobilières), 861 et 862 (remboursement à l'héritier donataire des impenses faites par lui sur les immeubles rapportés à la succession), 1312 (non restitution des incapables contre les engagements qui ont tourné à leur profit), 1241 (validité du paiement fait à un incapable si la chose payée lui a profité), 1377 et 1381 (répétition de l'indu), 1433 et 1437 (récompenses entre époux communs en biens), 1673 (remboursement des dépenses faites par l'acheteur au cas de réméré), 1864 (validité à l'égard des associés de l'obligation contractée par l'un d'eux pour le compte de la Société si cette obligation a profité à la Société), 1948 (droit de rétention du dépositaire jusqu'au remboursement de ses dépenses), 2.080 (remboursement des dépenses faites par le créancier gagiste pour la conservation du gage), 2.175 (rem-

boursement au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué de ses impenses et des améliorations faites par lui).

En ce qui concerne la clause de non-rétablissement, la jurisprudence fait application de la théorie de l'enrichissement sans cause, sans toutefois la viser expressément, pour justifier la transmission passive de la clause aux héritiers du vendeur. C'est, en effet, parce que l'héritier a trouvé dans le patrimoine de son auteur le prix de vente du fonds qu'elle le considère comme tenu par la clause. Renonce-t-il à la succession, il n'est plus obligé par elle, même si son établissement comporte en fait pour l'acheteur l'éviction de la clientèle du fonds.

La théorie de l'enrichissement sans cause est fondée sur la règle d'équité naturelle formulée au Digeste (livre L, titre XVII, fragment 206) : « Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores. »

Les conditions d'application de cette règle ont été définies par la Cour de cassation dans plusieurs arrêts¹. On peut les résumer brièvement de la façon suivante :

A) Enrichissement du défendeur. — Il faut qu'une personne ait reçu d'une autre une valeur qui soit entrée dans son patrimoine.

B) Enrichissement du défendeur sans cause légitime. — Il faut que cette transmission de valeur ait eu lieu sans être justifiée par un acte juridique valable.

C) Appauvrissement du demandeur. — Le patrimoine du demandeur doit être diminué du montant de l'enrichissement du défendeur. Il ne suffirait pas que cet enrichissement fût la conséquence d'une plus-value du patrimoine du demandeur².

1. 15 juin 1892, D. P. 1892.1.596; 31 juillet 1895, D. P. 1895.1.321; 18 octobre 1898, D. P. 1899.1.105; 2 mars 1915, D. P. 1920.1.102.

2. Cass. civ., 31 juillet 1895 et 18 octobre 1898.

D) Impossibilité pour le demandeur d'exercer une autre action. — L'action de *in rem verso* a un caractère subsidiaire comme en droit romain l'*in integrum restitutio*¹.

L'enrichissement sans cause a pour effet de donner à celui au détriment duquel il a lieu le droit de répéter la valeur indûment entrée dans le patrimoine de l'enrichi. Le nom de cette action en répétition est emprunté au droit romain, mais il n'est pas heureux en ce sens qu'en droit romain l'action de *in rem verso* n'existait pas d'une manière distincte et n'était qu'un des chefs de condamnation de l'action de *peculio*. En réalité, l'action née de l'enrichissement sans cause correspond rigoureusement à la *condictio sine causa* au sens strict. Cette erreur de dénomination a eu pour conséquence l'attribution d'un caractère quasi-contractuel à l'action de *in rem verso*, par analogie avec l'action romaine du même nom qui se rattachait à la gestion du pécule et comme telle dérivait d'un contrat. Comme la *condictio sine causa*, notre action actuelle de *in rem verso* a en réalité le caractère d'une action née d'un fait illicite, puisqu'elle est basée sur le principe que nul ne peut garder ce qu'il n'a pas légitimement acquis.

2° Assimilation de l'action directe du sous-acquéreur à l'action « de *in rem verso* ». — Nous avons à vérifier si les conditions d'exercice de l'action directe du sous-acquéreur sont bien celles de l'action de *in rem verso*.

α) Il y a enrichissement du vendeur originaire:

Le vendeur originaire a vendu à l'acheteur l'élément clientèle en même temps que les autres éléments du fonds. Le prix de cet élément, fraction du prix de vente total, a donc été touché par lui et est entré dans son patrimoine.

1. Cass. civ., 2 mars 1915 et 21 novembre 1917, D. P. 1920.1.293.

β) Il y a enrichissement sans cause légitime du vendeur originaire.

Dès lors que par son rétablissement le vendeur évince le propriétaire du fonds de la clientèle en même temps qu'il en reprend lui-même possession, c'est indûment qu'il en garde le prix. Vainement répondra-t-on qu'au regard du sous-acquéreur, son rétablissement est licite, même s'il a pour effet de soustraire à son profit tout ou partie de la clientèle. Le sous-acquéreur trouvera dans le contrat de vente originaire la preuve que par son rétablissement dans les conditions qu'il prohibe le vendeur reprend en réalité possession d'une partie de la chose qu'il a vendue. Il ne s'agit pas de la création licite d'un fonds qui peut avoir normalement pour effet d'attirer à soi une partie de la clientèle du fonds déjà existant, il s'agit d'une reprise de possession de la clientèle vendue au moyen de la création d'un fonds nouveau. Il suffit, sur ce point, de rappeler que la validité de la clause de non-rétablissement repose sur la garantie d'éviction que le vendeur doit à son acheteur suivant le droit commun. Si le vendeur a pu valablement s'engager envers l'acheteur à ne pas se rétablir dans une zone et pendant un laps de temps déterminés, c'est qu'il a reconnu par là-même que toute infraction à cet engagement constituera une éviction à son profit de la clientèle du fonds vendu. C'est ainsi que le sous-acquéreur trouvera dans le contrat de son auteur la preuve que le rétablissement prohibé constitue bien par essence une éviction, c'est-à-dire une reprise de la possession de la clientèle et non une concurrence strictement licite.

Rien ne s'oppose à ce qu'un tiers puise dans un contrat auquel il est étranger la preuve d'un fait dont il se sert pour appuyer sa prétention. La jurisprudence l'a maintes fois reconnu¹.

1. Cass. civ., 30 novembre 1868, D. P. 1869.1.22; Cass. req., 3 février 1879, D. P. 1879.1.308; Cass. civ., 27 juin 1892, D. P. 1892.1.379; Cass. civ., 26 décembre 1900, D. P. 1901.1.129.

En résumé, la clause de non rétablissement servira au sous-acquéreur à prouver que le rétablissement du vendeur originaire constitue une éviction de la clientèle du fonds dont il est devenu propriétaire. Le vendeur originaire étant présumé, du fait de son rétablissement, rentrer en possession d'un des éléments du fonds vendu, il en résulte qu'il s'est enrichi sans cause légitime du prix de vente de cet élément.

γ) Il y a appauvrissement du sous-acquéreur.

Pour que l'action *de in rem verso* puisse être exercée, il faut que celui qui l'intente se soit appauvri de la valeur dont s'est enrichi le patrimoine du défendeur. Or, par le contrat de vente originaire, c'est non pas le sous-acquéreur, mais le premier acheteur qui s'est appauvri du prix de la clientèle du fonds vendu. Mais lorsque l'acheteur originaire revend le fonds au sous-acquéreur, il en touche à son tour le prix. Si donc aucune stipulation restrictive n'est insérée à l'acte (telle que l'autorisation de se rétablir donnée au vendeur précédent nonobstant la clause de non-rétablissement), le prix de l'élément clientèle doit être présumé figurer dans le prix de vente total pour la même valeur proportionnelle qu'au moment de la première vente. La valeur dont s'est enrichi le patrimoine du vendeur originaire n'est donc plus soustraite du patrimoine de son cocontractant qui a, par la revente, récupéré le prix de la clientèle qu'il avait lui-même primitivement payé. Cette valeur est désormais soustraite du patrimoine du sous-acquéreur par le paiement du prix qu'il en a effectué entre les mains du premier acheteur.

Par conséquent, il y a bien appauvrissement du sous-acquéreur qui a payé le prix de la clientèle comme il y a enrichissement sans cause du vendeur originaire rétabli dans des conditions qui constituent une éviction de cette clientèle alors qu'il en a touché le prix. Mais il est certain que dans les rapports entre le sous-acquéreur et le pre-

mier vendeur, il n'y a pas eu transmission directe de valeur de patrimoine à patrimoine. Cette transmission a eu lieu en passant par l'intermédiaire du patrimoine du premier acheteur. Cette circonstance n'est pas de nature à faire écarter l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause. La jurisprudence admet en effet son application lorsque la transmission de valeur a été faite indirectement au moyen d'un ou de plusieurs intermédiaires. L'arrêt de la Cour suprême du 15 juin 1892, par exemple, a été rendu dans une espèce où il s'agissait d'engrais fournis à un fermier dont le bail avait été résilié et qui avaient été employés à la préparation d'une récolte dont seul profitait le propriétaire. Celui-ci fut condamné envers le fournisseur, bien que les engrais eussent passé dans le patrimoine de son fermier avant de tourner à son propre profit.

8) Le sous-acquéreur ne dispose d'aucune autre action contre le vendeur rétabli.

Nous avons précédemment fait la critique de tous les systèmes juridiques sur lesquels on a prétendu baser l'action du sous-acquéreur. Nous n'avons pas à y revenir. Si l'on admet que la clause de non-rétablissement constitue un engagement strictement personnel du vendeur envers l'acheteur qui, aux termes de l'article 1165 du Code civil, ne peut ni nuire ni profiter aux tiers, si l'on considère par ailleurs qu'en vertu du principe de la liberté du commerce il est parfaitement licite à toute personne d'exploiter où et quand il lui plaît telle activité que bon lui semble, l'on doit conclure qu'il ne reste au sous-acquéreur contre le vendeur originaire que l'exercice de l'action *de in rem verso*.

3^o Conséquences pratiques de l'assimilation de l'action directe du sous-acquéreur à l'action « *de in rem verso* ».

α) Objet de l'action.

Cet objet, en vertu des principes mêmes qui régissent

la théorie de l'enrichissement sans cause, ne pourra être que la répétition de la valeur dont s'est indûment enrichi le vendeur rétabli. Or nous verrons que les sanctions de la violation de la clause de non-rétablissement, dans les rapports des parties entre elles, peuvent être ou la résolution de la vente ou la fermeture du fonds ou le paiement de dommages-intérêts, ces deux dernières sanctions pouvant être prononcées isolément ou conjointement. L'on voit par conséquent que l'action directe du sous-acquéreur, considérée comme une action *de in rem verso*, ne pourra aboutir ni à la fermeture du fonds ni à la résolution de la vente. Son objet sera dès lors beaucoup plus restreint que celui de l'action née du contrat au profit du premier acheteur. Cette différence s'explique par le fait que nous n'admettons pas la transmission pure et simple de la clause et par conséquent de l'action qu'engendre sa violation au sous-acquéreur.

Le sous-acquéreur pourra donc seulement se voir attribuer une indemnité et le calcul même de cette indemnité sera très différent de celui auquel donne lieu l'action de l'acheteur originaire.

Lorsque l'action est intentée par le premier acheteur contre son vendeur rétabli, l'indemnité qui lui est attribuée soit seule, soit en complément d'une mesure de fermeture du fonds, est destinée à réparer le préjudice qu'il a déjà subi du fait du rétablissement du vendeur. Elle sera par conséquent basée sur le chiffre d'affaires réalisé par le vendeur pendant la durée de son rétablissement, chiffre d'affaires qui est censé avoir diminué d'autant celui du fonds vendu pendant la même période. A cette indemnité peuvent d'ailleurs s'ajouter des dommages-intérêts complémentaires calculés arbitrairement qui constituent la sanction de la violation de la clause en elle-même.

Au contraire, lorsque l'action sera intentée par le sous-acquéreur, le tribunal aura à déterminer le montant

de l'enrichissement du vendeur rétabli, c'est-à-dire la fraction du prix de vente qui correspond à la valeur de l'élément clientèle. C'est en effet cette valeur que sera condamné à payer au sous-acquéreur le vendeur originaire comme constituant le montant de son enrichissement sans cause. Mais cette valeur ne sera pas forcément égale à celle dont s'est appauvri le sous-acquéreur. Il peut se faire que la valeur de la clientèle ait baissé entre les deux ventes; le sous-acquéreur se trouvera alors réaliser un bénéfice puisqu'il touchera une indemnité supérieure au prix qu'il aura payé pour la clientèle. Il peut se faire aussi que cette valeur ait augmenté, c'est-à-dire que le sous-acquéreur ait payé la clientèle un prix plus élevé que ne l'avait fait l'acheteur originaire. Dans ce cas, il recevra une indemnité inférieure au prix qu'il a déboursé. Cette solution peut paraître de prime abord inéquitable. Il faut observer toutefois que l'écart dans l'un ou l'autre sens ne sera important que très exceptionnellement, seulement en cas de modification profonde et rapide des conditions d'exploitation du fonds ou de la valeur de la monnaie. En outre, le sous-acquéreur ne se trouvera en réalité nullement lésé. En effet, le rétablissement du premier vendeur est par définition susceptible de provoquer l'éviction de la clientèle qu'il a cédée, mais de cette clientèle seule. Il est sans influence sur les éléments d'accroissement qui ont pu modifier sa valeur postérieurement à la vente originaire et qui normalement continueront à jouer en faveur du sous-acquéreur. Il serait d'ailleurs inéquitable d'inclure la valeur de ces éléments d'accroissement dans l'indemnité attribuée au sous-acquéreur puisque n'ayant pu entrer en ligne de compte dans l'évaluation du prix de vente originaire, leur valeur n'est pas entrée dans le patrimoine du vendeur rétabli.

Nous ajouterons que les tribunaux auront dans tous les cas à tenir compte des circonstances de fait (distance

des deux fonds, durée écoulée depuis la vente primitive, nature du fonds et de la clientèle, etc...) pour déterminer si le rétablissement du vendeur originaire entraîne une éviction totale ou partielle de la clientèle. Dans ce dernier cas, le vendeur originaire pourra n'être condamné qu'à restituer une fraction seulement du prix pour lequel il l'a vendue.

β) Effet de la résiliation entre parties de la clause de non rétablissement.

Si, par un acte postérieur à la revente, le premier acheteur délie son vendeur de la clause de non-rétablissement, le sous-acquéreur n'en garde pas moins contre ce dernier l'action *de in rem verso* puisqu'elle ne dépend pas d'une transmission de l'engagement mais d'un enrichissement sans cause du premier vendeur qui se produit *ipso facto* par son rétablissement en dehors de toute autre condition.

Dans un cas seulement, l'action du sous-acquéreur deviendrait sans fondement : si l'acheteur n'avait relevé son vendeur de la clause que moyennant le remboursement du prix de vente de la clientèle. L'enrichissement sans cause du vendeur rétabli n'existerait plus, mais dans ce cas le sous-acquéreur aurait un recours contre le premier acheteur qui aurait vendu deux fois la même chose.

L'autorisation de se rétablir a-t-elle été donnée par l'acheteur originaire à son vendeur avant la revente, les solutions seront les mêmes. Le sous-acquéreur qui a payé le prix de la clientèle pourra exercer contre le vendeur rétabli, l'action *de in rem verso* si l'autorisation de se rétablir a été donnée gratuitement à ce dernier. S'il y a eu remboursement de tout ou partie du prix, le sous-acquéreur aura une action contre son propre vendeur qui lui aura vendu la chose d'autrui et pourra par conséquent obtenir soit une réduction de prix correspondant à la valeur de la clientèle (cf. Lyon,

1^{er} mars 1926, D. H. 1926.259), soit la résolution de la vente si la clientèle avait été l'élément déterminant de la conclusion du contrat.

γ) Impossibilité d'exercice de l'action *de in rem verso* contre les ayants cause à titre particulier du vendeur.

Si la théorie de l'enrichissement sans cause peut justifier l'action directe de l'ayant cause à titre particulier de l'acheteur ou plus généralement du bénéficiaire de la clause, car il s'est appauvri du prix de la clientèle dont il est évincé, par contre elle ne saurait être exercée contre l'ayant cause à titre particulier du vendeur ou plus généralement de celui qui est obligé par la clause, car il n'a bénéficié d'aucun enrichissement. C'est ce qui explique que la clause ne puisse se transmettre passivement au successeur de l'obligé, c'est-à-dire du vendeur dans le cas le plus fréquent où la clause est stipulée à sa charge¹, de l'acheteur dans l'éventualité plus rare où la clause est stipulée en faveur du vendeur qui se réserve l'exploitation d'une branche distincte du commerce cédé. Il en serait autrement si, comme la Cour de Rouen l'a admis dans son arrêt du 28 novembre 1925, on attribue à la clause le caractère d'un droit réel grevant le fonds ou lui bénéficiant, ou même si suivant la doctrine la plus récente, on la considère comme un accessoire de la propriété du fonds, soit qu'elle en augmente, soit qu'elle en diminue la valeur. L'on voit ainsi l'intérêt que présente en pratique l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause.

δ) Exercice de l'action *de in rem verso* en l'absence de clause de non-rétablissement.

En l'état actuel de la jurisprudence qui sous-entend la clause dans les ventes où elle n'est pas exprimée, l'assimilation de l'action directe du sous-acquéreur à une action *de in rem verso* permet son exercice contre

1. Paris, 11 janvier 1937, *Gaz. Trib.*, 10 avril 1937.

le vendeur même lorsqu'aucun engagement ne prohibe son rétablissement. Le sous-acquéreur aura seulement à prouver l'enrichissement sans cause du premier vendeur et par conséquent l'éviction de la clientèle du fonds. Il devra établir que le rétablissement incriminé a eu lieu avant que la clientèle ait eu le temps de se fixer, eu égard aux conditions nouvelles d'exploitation du fonds, le juge du fait exerçant sur les circonstances alléguées son droit souverain de contrôle.

4^o *Conclusion.* — La théorie de l'enrichissement sans cause nous paraît pouvoir être invoquée pour justifier en droit l'action directe du sous-acquéreur contre le vendeur rétabli. Elle est également susceptible de s'appliquer plus généralement à toute action directe en matière de garantie d'éviction, le principe de son application restant le même dans tous les cas. Dans tous les cas, en effet, l'on peut baser une action directe contre le vendeur originaire qui contrevient à son obligation de garantie sur son enrichissement sans cause, puisque par définition il a touché le prix de la chose ou de l'élément de la chose dont il opère l'éviction.

Cette théorie ne produit pas néanmoins des effets aussi efficaces qu'en produirait la transmission pure et simple de l'engagement du vendeur au sous-acquéreur. Nous avons vu que dans le cas le plus favorable, ce dernier ne peut obtenir que la répétition du montant de l'enrichissement du premier vendeur, alors que par la transmission de l'engagement, il pourrait obtenir, soit la résolution de la vente, soit la fermeture du fonds, solutions qui seraient le plus souvent plus avantageuses pour lui. C'est dire par conséquent que nous ne considérons l'application de cette théorie que comme un pis-aller commode à adopter en l'état actuel de la législation sur la vente des fonds de commerce qui n'a pas encore institué de publicité pour la clause de non-rétablissement. C'est dire aussi que le sous-acquéreur ne sera

réellement et efficacement protégé contre le rétablissement du vendeur originaire que par l'assujettissement de la clause qui le prohibe à une transcription obligatoire dont la nécessité impérieuse sera la conclusion pratique de cette étude.

CHAPITRE II

PERSONNES OBLIGÉES PAR LA CLAUSE

1^o *Le vendeur.*

Il va de soi que le vendeur du fonds est le premier et le principal obligé par la clause de non rétablissement qu'il a souscrite. Il faut néanmoins étudier la portée de son engagement dans les diverses sortes de vente.

a) *Vente sur saisie.*

La vente est faite à la requête des créanciers, contre le gré du propriétaire du fonds et une clause de non-rétablissement est inscrite au cahier des charges. Dans ce cas, la clause oblige uniquement le saisi et non ses créanciers. Cette solution se justifie par le fait que si le saisi ne peut être assimilé à un vendeur volontaire, puisque la vente a lieu par autorité de justice, il est néanmoins partie à la procédure de saisie et à l'adjudication. Ayant pu discuter en justice le principe même de la vente, il doit être considéré comme vendeur forcé si ses moyens ont été rejetés. En fait, c'est à lui seul que le prix profite puisque d'une part il lui permet de désintéresser ses créanciers et que d'autre part il touchera personnellement l'excédent éventuel du prix d'adjudication sur le montant de sa dette.

Quant aux créanciers, ils ne sont pas tenus par la clause, car ils ne sauraient être considérés comme les vendeurs du fonds. La jurisprudence n'a jamais varié sur ce point depuis un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation en date du 28 mai 1862¹.

b) Vente sur surenchère.

Qu'il s'agisse d'une surenchère du sixième au profit d'un créancier gagiste ou d'une surenchère du dixième faite par un créancier privilégié au cours de la procédure de purge, la solution est la même : l'acheteur qui est surenchéri et dépossédé n'est pas tenu par l'interdiction de se rétablir. Il n'existe en effet aucun lien de droit entre deux adjudicataires successifs; la propriété du fonds qui avait été transitoirement transmise au premier adjudicataire est rétroactivement résolue et elle doit être considérée comme ayant passé directement du vendeur originaire seul tenu par la clause, au deuxième adjudicataire.

Il en est de même si la procédure d'adjudication est suivie contre un tiers détenteur. Par le fait de l'adjudication, ce dernier est réputé n'avoir jamais été propriétaire du fonds.

Cependant, dans l'un et l'autre cas, surenchéri et tiers détenteur feront bien d'observer une certaine prudence quant à leur établissement dans un autre fonds, car si l'adjudicataire ne peut l'incriminer en vertu d'une obligation de garantie qui ne leur incombe pas, les tribunaux pourront toujours, en fonction de ses conditions de fait, le considérer comme un acte de concurrence déloyale.

1. D. P. 1862.1.209.

c) *Vente après liquidation judiciaire ou faillite.*

Dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire ou d'une faillite du vendeur, sa situation diffère suivant que l'on se place avant ou après l'état d'union; mais la solution à donner reste la même.

Avant l'état d'union, la vente est faite par le liquidé lui-même qui agit avec l'assistance du liquidateur, ou par le syndic avec le concours du failli dont la signature est nécessaire. Il y a donc vente volontaire du liquidé ou du failli. L'un et l'autre seront sans difficulté obligés par la clause de non-rétablissement.

Après l'état d'union, le liquidé judiciaire et le failli sont dessaisis de leurs droits au profit du liquidateur ou du syndic de l'union qui ont les mêmes pouvoirs. Mais c'est encore le failli ou le liquidé qui doit être considéré comme seul vendeur du fonds, vendeur forcé à la vérité, et comme seul tenu de respecter la clause en vertu de son obligation de garantie. Quant au syndic et au liquidateur, ils ne peuvent être considérés comme les vendeurs du fonds, puisque leur rôle consiste uniquement à poursuivre la vente en qualité de mandataires des créanciers et de représentants de leur masse en vertu du jugement déclaratif de faillite. Quant aux créanciers eux-mêmes, ils requièrent la vente des biens du failli ou du liquidé mais n'en sont pas propriétaires puisqu'ils n'ont sur eux qu'un droit de gage.

Tels sont les principes qui doivent être adoptés. Cependant, dans certaines conditions, l'acheteur peut exercer un recours contre les créanciers. Il en est ainsi notamment lorsqu'il peut prouver leur collusion avec le failli dans l'exploitation d'un fonds concurrent, même s'il s'agit d'un fonds qui faisait au fonds vendu une concurrence licite avant la date de la déclaration de faillite. De même, lorsqu'il y a eu vente d'un fonds

appartenant à autrui, l'acheteur évincé peut exercer contre les créanciers une action en répétition du prix.

En fait, seul le rétablissement du failli peut porter préjudice à l'acheteur. Il est donc équitable que seul il soit tenu par l'interdiction de se rétablir. Mais les tribunaux appliquent ordinairement la clause avec une certaine indulgence en tenant compte du caractère forcé de la vente et de la situation particulière du vendeur qui n'est souvent qu'un débiteur malheureux.

Au cas où le failli serait condamné à des dommages-intérêts, cette condamnation n'est pas opposable à la masse des créanciers qui ne peut être considérée comme un ayant cause tenu de subir les conséquences du rétablissement illicite du failli.

d) *Vente par licitation.*

Si tous les copropriétaires du fonds sont majeurs et maîtres de leurs droits, ils peuvent procéder à la licitation dans la forme qu'ils déterminent eux-mêmes. Passent-ils une vente de gré à gré ou procèdent-ils à une adjudication amiable ? Ils sont tenus par la clause puisqu'il s'agit d'une vente volontaire.

Si parmi les copropriétaires il en est de mineurs, d'absents ou d'incapables, la licitation doit avoir lieu en justice. Ici encore toutes les parties sont obligées par la clause, qu'elles se soient mises d'accord pour faire rendre un jugement de licitation sur requête collective, ou que quelques-unes d'entre elles aient résisté à une assignation; que l'immeuble soit adjugé à l'un des colicitants, ou qu'il le soit à un tiers¹. Tout copropriétaire, même mineur ou incapable, possède, en effet, une part indivise du fonds et doit être considéré comme vendeur.

L'intérêt de tous les vendeurs étant que le fonds atteigne le plus haut prix, la jurisprudence dénie à l'un des

1. Lyon, 29 juillet 1928, *Mon. Jud. Lyon*, 19 août 1928.

collocitants le droit de s'opposer à l'insertion dans le cahier des charges d'une clause de non-rétablissement¹. Mais si la solidarité n'a pas été expressément stipulée dans la clause, chaque copropriétaire n'est responsable que de son propre rétablissement.

Un arrêt de la Cour de Rennes en date du 4 novembre 1930² a jugé que l'obligation de non-rétablissement qui lie envers l'acheteur du fonds licité tous les vendeurs copropriétaires indivis, ne met pas obstacle à ce que l'un des indivisaires continue l'exploitation d'un commerce de même nature créé dans le périmètre prohibé dès avant la demande de licitation.

2° Héritiers du vendeur.

La question de savoir si les héritiers du vendeur sont tenus par la clause de non-rétablissement souscrite par leur auteur est une de celles qui a le plus embarrassé la jurisprudence en la plaçant devant un dilemme dont elle ne paraissait pouvoir sortir qu'en sacrifiant soit le principe de la liberté du commerce soit le principe de la transmission à l'héritier des obligations passives de son auteur. D'un côté, en effet, le principe de la liberté du commerce s'oppose à ce qu'une personne voit aliéner, même partiellement par un engagement qu'elle n'a pas contracté elle-même, le droit qui lui appartient en propre et dont elle seule peut disposer d'exercer où et quand elle veut le commerce qu'il lui plaît. D'un autre côté, l'article 1122 du Code civil, si l'on interprète le terme « stipuler » dans le sens large de « contracter », fait passer de la tête du *de cujus* sur celle de ses héritiers qui acceptent sa succession les obligations tant passives qu'actives qu'il a contractées de son vivant. Aussi la jurisprudence, dans

1. Rouen, 30 mars 1926, *Rec. Havre*, 1926.2.159.

2. *Rec. Rennes*, 1931.33.

la période où elle a tendu à maintenir intangible le principe de la liberté du commerce, décidait-elle que l'obligation de ne pas se rétablir est essentiellement attachée à la personne qui l'a souscrite et ne se transmet pas à ses héritiers¹. A l'heure actuelle, c'est la thèse contraire qui prévaut, la jurisprudence posant en principe que la clause de non-rétablissement engage les héritiers du vendeur². Toutefois elle exige la réunion de deux conditions : la première, que le rétablissement de l'héritier constitue une éviction de la clientèle au même titre que celui du vendeur ; la seconde qu'il ait trouvé dans le patrimoine de son auteur le prix de vente du fonds.

Sur le premier point, les décisions judiciaires se basent sur des considérations de fait telles que le degré de parenté, le nom porté par l'héritier, la date du décès, les rapports entretenus avec la clientèle du vivant du vendeur, le préjudice prouvé par l'acheteur, etc. Elles se montrent toujours plus strictes pour le fils ou l'héritier en ligne directe que pour l'héritier en ligne collatérale. Un arrêt de la Cour de Lyon en date du 9 octobre 1935³ déclare que les héritiers sont tenus par l'interdiction de se rétablir souscrite par leur auteur alors qu'ils portent le même nom que lui et que les relations étroites de vie qu'ils ont eues avec lui comme épouse et comme fille sont susceptibles de faire que la concurrence exercée par eux soit préjudiciable au bénéficiaire de l'engagement comme celle qui aurait été exercée par leur auteur. Mais cet arrêt décide qu'aucune action ne peut être intentée contre les héritiers pour manquement à l'engagement de leur auteur, si cette action n'est fondée

1. Lyon, 23 juillet 1896, D. P. 1897.2.167; Montpellier, 21 juillet 1905, D. P. 1907.2.209; Bruxelles, 20 mars 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 2^e sem. 2.1.

2. Poitiers, 22 juillet 1912, *Gaz. Pal.* 1912.2.344; Rennes, 5 mars 1924, *Rec. Nantes*, 1924.1.117; Trib. Com. Lille, 20 avril 1928, *Gaz. Pal.* 1928.2.183.

3. S. 1936.2.39.

sur un dommage subi par son bénéficiaire. Au cas où ce dernier ne justifierait pas d'un préjudice résultant de l'inexécution de la clause, son action devrait être rejetée. La Cour de Lyon exige donc que l'acheteur prouve que l'établissement de l'héritier du vendeur constitue une éviction de la clientèle du fonds comme l'eût constitué le rétablissement du vendeur lui-même.

L'on voit à quel point l'obligation des héritiers diffère de celle du vendeur. Alors que pour ce dernier le simple fait du rétablissement dans les conditions prohibées constitue pour la jurisprudence l'éviction dont l'acheteur est fondé à se plaindre sans avoir aucun préjudice à prouver, en ce qui concerne les héritiers du vendeur ils ne seront tenus que si l'acheteur est en mesure de prouver qu'il subit une éviction de la clientèle du fonds. Cette différence de situation s'explique par le désir de la jurisprudence de tenir compte à la fois de la transmission légale à l'héritier des obligations passives de son auteur et du droit personnel et inaliénable que possède l'héritier d'exercer librement le commerce de son choix. La Cour de cassation a ainsi jugé par un arrêt de sa Chambre des Requêtes du 2 mars 1936¹ qu'une clause de non-rétablissement insérée par le liquidateur d'une société dans le cahier des charges de la vente du fonds social et interdisant à tous les associés de créer, exploiter, ou s'intéresser dans la même ville à un fonds similaire n'est pas transmissible au fils d'un des associés qui n'est devenu son héritier que cinq ans après la vente.

Sur le deuxième point, une décision de la Cour de Paris en date du 18 novembre 1936² a motivé la transmission aux héritiers du vendeur d'une clause de non-rétablissement dans un rayon de 5 kilomètres pour une durée de quinze années, par le fait que les héritiers ont

1. *Revue des Sociétés*, 1937.157.

2. *Gaz. Pal.* 1937.1.193.

trouvé dans le patrimoine de leur auteur le prix du fonds vendu.

En résumé, la jurisprudence admet la transmission de la clause aux héritiers en vertu de l'article 1122 du Code civil parce qu'ils ont trouvé dans le patrimoine de leur auteur le prix de vente du fonds. Comme une fraction de ce prix correspond à la valeur de la clientèle, elle considère comme équitable de faire respecter par l'héritier l'engagement de son auteur, c'est-à-dire de l'empêcher d'évincer une clientèle dont il a recueilli le prix. Mais l'héritier ne sera tenu par cette obligation que si son inexécution est susceptible de causer à l'acheteur le même préjudice que lui eût causé son inexécution par le vendeur.

Il résulte des principes ainsi posés que sans le dire explicitement, c'est bien par la théorie de l'enrichissement sans cause que la jurisprudence justifie la transmission à l'héritier de la clause de non-rétablissement souscrite par son auteur. Il suffira, en effet, que l'héritier renonce à la succession pour que la clause lui devienne inopposable même si l'identité de nom et les autres circonstances de fait impriment à son établissement le caractère d'une véritable éviction de la clientèle du fonds¹.

3^o Parents du vendeur.

En règle générale il ne sont pas liés par la clause, qu'il s'agisse d'ascendants, de descendants ou de collatéraux. Du vivant du vendeur, ses enfants même échappent à l'interdiction² pourvu qu'ils soient majeurs sauf si l'acheteur peut prouver qu'il y a collusion entre eux et leur père³.

1. Cass. civ., 20 mars 1909, S. 1912.1.261.

2. Bordeaux, 4 juin 1914, *Gaz. Trib.* 1914-2^e sem.-2.120; Trib. Com. Saint-Nazaire, 8 octobre 1924, *Gaz. Pal.* 1924.2.548.

3. Paris, 20 octobre 1923, *Journ. Trib. Com.* 1924.376.

Néanmoins, s'il y a identité de nom, les tribunaux peuvent imposer certaines précautions. Ils peuvent ordonner par exemple l'adjonction d'un prénom, la mention de la parenté¹, des insertions dans les journaux, ou des annonces destinées à prévenir dans l'esprit de la clientèle toute confusion entre les deux fonds.

Si l'enfant qui s'établit est mineur, il peut être considéré comme agissant pour le compte de son père et comme tenu par l'engagement de ce dernier². Mais le fait d'une émancipation antérieure à l'établissement de l'enfant n'a pas été jugé suffisant pour faire présumer une intention de fraude³. De même la fille mineure pour le compte de laquelle a été souscrite une clause de non-rétablissement dans l'acte de vente du fonds de commerce familial ne contrevient pas à son obligation si elle épouse un commerçant exploitant dans la zone prohibée un fond similaire⁴.

4^o Femme du vendeur.

Deux cas sont à considérer : ou la femme a concouru à la vente avec son mari, ou la vente a été faite par le mari seul.

a) *La vente a été faite conjointement par la femme et le mari.*

Dans cette hypothèse, la femme est tenue par la clause à l'égale du mari même après la cessation de la vie commune par divorce ou décès.

Devenue veuve et remariée l'interdiction lui est opposable si elle exploite un nouveau fonds avec son second mari. Mais si ce dernier l'exploitait avant le mariage,

1. Rennes, 4 novembre 1930, *Rec. Rennes* 1931.33.

2. Trib. Com. Nantes, 21 novembre 1906, *Rec. Nantes*, 1907.1.154.

3. Douai, 17 mars 1930, *Rec. Douai*, 1930.118.

4. Nancy, 29 juin 1934, *Rec. Dijon-Nancy-Besançon* 1934.242.

la jurisprudence admet qu'elle peut le seconder dans cette exploitation¹. Elle doit toutefois, selon le droit commun, s'abstenir de tout acte de concurrence déloyale et notamment de solliciter la clientèle du fonds vendu².

Le convol en secondes noces n'est généralement pas considéré comme compris dans la formule : « Mme X... s'interdit de s'intéresser directement ou indirectement à un commerce similaire », mais seulement dans la rédaction suivante : « Mme X... s'interdit, dans quelque situation qu'elle se trouve à l'avenir de s'intéresser, etc.³. »

Un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation⁴ a admis le droit pour la femme remariée de continuer seule l'exploitation du commerce de son second mari pendant la période de liquidation de la communauté qui a existé entre eux malgré qu'elle eût souscrit une clause de non-rétablissement.

b) *La vente a été faite par le mari seul.*

Si la femme est commune en bien il est incontestable qu'elle est liée par la clause⁵ même après dissolution de la communauté⁶, sauf si elle y a renoncé. Ici encore nous trouvons un rappel de la théorie de l'enrichissement sans cause comme base de l'obligation imposée à la femme après dissolution de la communauté, obligation qui tombe si la femme y renonce, c'est-à-dire ne bénéficie pas du prix de vente. Après dissolution de la communauté par le divorce, le mari ne saurait être rendu responsable de la violation de la clause par son ancienne femme puisqu'il n'a plus sur elle la puissance maritale et

1. Rennes, 10 novembre 1910, S. 1911.2.107.

2. Trib. Com. Aix, 11 mai 1926, *Gaz. Pal.* 1926.2.177; Cass. req., 6 novembre 1923, D. P. 1925.1.144; Trib. Com. Seine, 15 mai 1924, *Gaz. Pal.* 1924.2.117.

3. Rouen, 9 août 1899, *Gaz. Pal.* 1900.1.540.

4. 27 juillet 1892, D. P. 1892.1.464.

5. Trib. Com. Marseille, 20 juillet 1927, *Gaz. Pal.* 1928.1.14.

6. Trib. civ. Nevers, 24 avril 1928, *Gaz. Pal.* 1928.2.252.

n'est plus chef de la communauté¹. Quant à la simple séparation de fait, elle est naturellement impuissante à délier la femme de l'obligation qui lui incombe du fait de l'engagement de son mari².

Si la femme est séparée de biens, elle n'est pas tenue par l'obligation de son mari, sauf si l'acheteur est en mesure de prouver qu'en exploitant un autre fonds elle n'agit que comme prête-nom de son mari³.

Si la femme est dotale, l'interdiction ne la frappe pas à condition qu'elle ne soit pas intervenue à la vente. Mais dans le cas où le fonds vendu aurait été constitué en dot, le concours des deux époux étant indispensable à la vente, tous deux seraient tenus par la clause. Si le fonds vendu est un bien paraphernal, la femme n'est pas obligée par la clause de non-rétablissement.

5° *Ayants cause à titre particulier du vendeur.*

Dans l'hypothèse où le vendeur d'un fonds s'est réservé l'exploitation d'un autre fonds, le successeur du vendeur dans le fonds réservé n'est pas tenu par l'engagement de son auteur et peut s'établir dans le commerce que celui-ci s'était interdit⁴.

Un arrêt de la Cour de Douai, en date du 4 décembre 1900⁵ a jugé que le vendeur d'une librairie-papeterie au détail qui, en se réservant le même commerce en demi-gros s'est interdit d'exploiter ou de s'intéresser à l'avenir à un commerce de librairie-papeterie au détail, n'a pas par cela-même contracté l'obligation d'imposer à son successeur dans le fonds réservé l'interdiction d'y

1. Voir pourtant en sens contraire : Lyon, 24 mai 1911, *Journ. Trib. com.* 1912.745.

2. Douai, 19 mars 1920, *Rec. Douai* 1920.214.

3. Paris, 10 octobre 1923, *Gaz. Trib.*, 21 novembre 1923; Trib. Com. Seine, 15 mai 1924, *Gaz. Pal.* 1924.2.117.

4. Cass. civ., 15 janvier 1918, D. P. 1918.1.17.

5. D. P. 1902.2.137.

adjoindre un commerce analogue à celui du fonds cédé. En l'absence d'une clause formelle, dit l'arrêt, l'obligation du vendeur ne se transmet pas à son successeur. Un arrêt de la Cour de Rouen du 14 décembre 1928¹ et un arrêt de la Cour de Paris du 11 janvier 1937² se sont prononcés dans le même sens.

En sens contraire, la Cour de Rouen dans un arrêt du 28 novembre 1925 que nous avons déjà eu l'occasion de citer a estimé que l'engagement de ne pas se rétablir pris par un acheteur envers son vendeur qui s'est réservé l'exploitation d'un fonds se transmet au successeur de l'acheteur parce qu'aux termes de l'article 1122 du Code civil l'acheteur est censé avoir stipulé pour ses ayants cause comme pour lui-même et parce que cet engagement constitue non pas une obligation personnelle à la charge de l'acquéreur, mais un droit réel mobilier qui grève le fonds, se transmet avec lui et s'exerce à l'égard de tous ses exploitants successifs.

Lorsque nous avons étudié le fondement de l'action directe du sous-acquéreur nous avons montré qu'il n'est pas possible d'assimiler l'engagement personnel du vendeur à un droit réel grevant le fonds ou lui bénéficiant suivant qu'il est consenti par l'acheteur où le vendeur.

Mais est-il possible d'admettre la transmission passive de l'engagement soit du vendeur soit de l'acheteur à leurs successeurs respectifs en vertu de l'article 1122 du Code civil. Il faudrait pour cela entendre l'expression « stipuler » dans un sens très large, c'est-à-dire indifféremment acquérir une créance ou contracter une dette. Or la doctrine est très loin d'être d'accord sur ce point. Si plusieurs auteurs³ admettent cette interprétation,

1. *Rec. Rouen et Caen* 1929.1.18.

2. *Gaz. Trib.*, 10 avril 1937.

3. Voir notamment : Aubry et Rau, t. IV, p. 564, note 3 bis; et Colin et Capitant, t. II, p. 312.

M. Demogue¹ s'élève vigoureusement contre elle en faisant valoir qu'il est peu vraisemblable que l'article 1122 ait employé le mot stipuler dans le sens vague de contracter. Cet article se relie, en effet, directement à l'article 1129 qui oppose « stipuler » à « s'engager » et à l'article 1121 qui traite de la stipulation pour autrui. Par ailleurs l'on trouve comme origine de l'article 1122 un passage de Pothier² qui s'oppose nettement à celui où il est dit que l'on est censé promettre pour ses héritiers.

Il nous semble donc impossible de justifier en droit la transmission passive de la clause au successeur de celui qui l'a souscrite, qu'il soit l'acheteur ou le vendeur, que l'on invoque l'article 1122 ou la théorie du droit réel mobilier que nous avons déjà réfutée. Nous avons montré en outre que si l'on adopte, ainsi que nous le proposons, la théorie de l'enrichissement sans cause comme justification de l'action directe du sous-acquéreur, cette théorie s'oppose à l'exercice d'une telle action contre l'ayant cause à titre particulier du débiteur de l'engagement.

6° *Coassociés vendeurs.*

Les règles que nous allons énoncer s'appliquent aux associés en nom collectif, commandités, ou en participation aux associés et aux gérants des sociétés à responsabilité limitée ainsi qu'aux administrateurs des sociétés anonymes. Elles doivent même être observées par les associés commanditaires s'ils se sont immiscés dans la gestion de la société.

Lorsque la société qui exploitait un fonds de commerce est dissoute, trois cas sont à envisager :

a) Le fonds est vendu à l'un des associés, ou est repris par lui soit qu'il l'ait apporté avec la réserve sta-

1. *Traité des obligations*, t. VII, p. 33.

2. *Editions Bugnet*, t. II, p. 38.

tutaire de le reprendre au cas de dissolution, soit qu'il l'ait apporté seulement en jouissance et non en propriété, ou bien l'un des associés se retire de la société sans qu'une dissolution s'ensuive.

La stipulation d'une clause de non-rétablissement à la charge de tous les coassociés ou de celui d'entre eux qui se retire est strictement licite.

Si aucune clause n'a été prévue, tout ancien associé est tenu à garantie dans les termes du droit commun, c'est-à-dire qu'il doit s'abstenir d'exploiter un commerce similaire dans des conditions de temps et de lieu qui impliqueraient éviction de la clientèle du fonds.

Par un jugement du 17 juin 1937¹ le tribunal civil de Céret a déclaré que le cédant de parts d'une société à responsabilité limitée porte atteinte à la garantie dont il est tenu envers la société comme envers ses cessionnaires en fondant dans la même localité quelques jours après avoir cédé ses parts un établissement similaire à celui qu'exploite la société. Un arrêt de la Cour d'Angers du 11 mars 1938² a fait application du même principe à un gérant de société à responsabilité limitée qui, comme dans l'espèce précédente, s'était retiré de la société en cédant ses parts.

b) Le fonds est vendu à l'amiable ou licite après dissolution, aucun associé ne le reprenant.

La clause de non-rétablissement insérée dans le cahier des charges par le tribunal ou le liquidateur s'impose à tous les anciens associés. Un arrêt de la Cour de Lyon du 18 juin 1895³ a même décidé que le liquidateur est tenu par la clause en vertu de son mandat.

c) La Société est dissoute et le fonds exploité disparaît.

1. D. H. 1937.450.

2. *Revue des Sociétés*, 1938.232.

3. S. 1896.2.302.

Les anciens associés ont toute liberté pour exploiter, chacun en ce qui le concerne, un commerce similaire. Mais ils peuvent s'empêcher mutuellement de s'intituler successeurs de la société et de tenter par des manœuvres ou des sollicitations d'attirer à leur profit la clientèle de l'ancien fonds social.

QUATRIEME PARTIE

Effets de la clause

La clause de non-rétablissement a pour effet d'interdire à ceux qu'elle oblige, dans les limites de temps et de lieu qu'elle leur assigne, tout rétablissement direct ou indirect dans le commerce qui fait l'objet du fonds vendu ou dans tout commerce similaire. La jurisprudence ne s'attache à ce dernier point de vue qu'au commerce exercé en fait et non à la qualification apparente qui peut lui être donnée.

CHAPITRE PREMIER

SPÉCIFICATION DU COMMERCE INTERDIT

1^o Interdiction de rétablissement dans un commerce similaire.

Il est interdit au vendeur de se rétablir dans un fonds qui, bien qu'étant de nature différente du fonds vendu, est susceptible de satisfaire les mêmes besoins de telle sorte que la clientèle puisse indifféremment s'adresser à l'un ou à l'autre.

La jurisprudence a tendance à appliquer restrictive-

ment ce critère théorique. Il a été jugé par exemple¹ que ne constituent pas une profession identique ou similaire à celle d'entrepreneur, celles de mètreur, vérificateur, commis d'architecte, surveillant de travaux, architecte; qu'un restaurant avec licence de boissons hygiéniques n'est pas assimilable à un café-épicerie avec licence de débit de boisson². L'interdiction comprend cependant tout commerce qui, n'ayant pas pour objet les mêmes articles que le fonds vendu, a pour objet la vente d'articles de remplacement.

Comme il est évidemment très difficile de dégager des règles précises applicables à tous les cas, la Cour de cassation décide qu'il appartient au juge du fond de se prononcer sur la similitude de deux commerces envisagés en tenant compte des usages locaux et des habitudes commerciales.

2° Interdiction de rétablissement dans un commerce concurrent

Lorsque les parties emploient dans la rédaction de la clause les termes « commerce concurrent » la jurisprudence élargit le champ de l'interdiction.

Elle tient compte pour apprécier la réalité de la concurrence de l'importance de la localité où sont exploités les deux commerces³, de l'importance et du nombre des articles vendus à la fois dans le nouveau fonds et dans le fonds cédé. Une librairie maroquinerie peut, par exemple, vendre quelques objets tenus par un bazar car elle ne vend ainsi qu'une très faible partie des objets vendus par lui⁴. Inversement il a été jugé qu'on ne peut vendre

1. Rennes, 18 juin 1930, *Rec. Rennes* 1930.503.

2. Trib. Com. Le Havre, 24 décembre 1924, *Rec. Havre* 1925.1.91.

3. Il a été jugé que le vendeur d'un fonds de sabots ne peut vendre des galoches dans un petit pays à raison du peu d'importance de la localité : Nantes, 10 août 1918, *Rec. Nantes* 1918.1.318.

4. Trib. Com. Seine, 21 juin 1916, *Gaz. trib.*, 24 janvier 1917.

une marchandise vendue également par le fonds cédé en se basant sur le fait que le commerce dans lequel on se rétablit porte sur un grand nombre d'articles différents¹. La jurisprudence tient donc compte pour apprécier la concurrence du nouveau fonds de la multiplicité des articles vendus par le fonds cédé sans s'attacher au nombre de ceux qui sont tenus par le vendeur rétabli.

Le vendeur d'un fonds de commerce viole les obligations que lui impose une clause de non-rétablissement si, après avoir racheté un fonds différent par sa nature de l'ancien dont il est voisin, il lui adjoint une branche de commerce qui constituait un élément important du fonds vendu. Par exemple, le vendeur d'un café-débit-restaurant qui a racheté une épicerie située presque immédiatement à côté de ce fonds n'a pas le droit d'y ouvrir un rayon de vin à emporter dans lequel il concurrencerait directement les acheteurs de son ancien fonds².

Il est également de jurisprudence que le vendeur doit respecter les opérations accessoires du fonds vendu aussi bien que ses opérations principales; il en est ainsi d'une fabrication accessoire de ceintures et de sacs à provisions dans la vente d'une fabrique de maroquinerie³.

Telles sont les principales règles que l'on peut dégager d'une jurisprudence touffue dont nous nous bornerons à citer maintenant quelques espèces particulières parmi les plus caractéristiques.

Le vendeur d'un hôtel avec débit de boissons ne peut tenir une épicerie avec débit de boisson⁴.

Le vendeur d'un fonds de marchand de vin ne peut tenir une épicerie avec débit de vin⁵.

1. Grenoble, 9 février 1923, *Gaz. Trib.*, 30 mai 1923.

2. Trib. Com. Le Havre, 7 février 1933, *Rec. Havre* 1934.1.20.

3. Aix, 19 juillet 1926, *Mon. Jud. Midi*, 15 novembre 1926.

4. Rouen, 22 mai 1897, *Rec. Rouen* 1897.1.176.

5. Paris, 13 mai 1872, *Journ. Trib. Com.* 1872.411.

Le vendeur d'un hôtel meublé où le restaurant n'est qu'un accessoire peut acquérir un fonds de restaurant¹.

Le vendeur d'une maison meublée peut exploiter des appartements meublés si l'organisation matérielle, le mode d'exploitation, et la nature de la clientèle sont différents².

Le vendeur d'un fonds d'épicerie ne peut acheter une fabrique de chocolat vendant au public³.

Le vendeur d'un fonds d'épicerie ne peut vendre comme grainetier les marchandises qui dépendent de l'épicerie et de la graineterie⁴.

Le vendeur d'une pharmacie peut exploiter une droguerie⁵.

Le vendeur d'une entreprise de déménagement ne peut ouvrir un garde-meuble ou un remisage de voiture à bras⁶.

Le vendeur d'un fonds de cordonnerie ne peut ouvrir une boutique voisine pour y vendre des chaussures de cuir⁷.

La venderesse d'un café ne peut participer à l'exploitation d'un bar appartenant à sa mère lorsque ce dernier fonds est fréquenté par une clientèle de même nature que celle du fonds cédé⁸.

La vente d'un établissement pour la fabrication et la vente de la grosse serrurerie et de la serrurerie d'art empêche le vendeur de diriger une société ayant pour objet le façonnement et la vente des fontes, bronzes, métaux⁹.

1. Trib. Com. Marseille, 6 mars 1891, *Rec. Marseille* 1891.1.115.

2. Cass. req., 10 août 1869, D. P. 1870.1.115.

3. Nancy, 15 juin 1899, D. P. 1899.2.288.

4. Trib. Com. Périgueux, 31 mai 1912, *Le Droit*, 18 juin 1912.

5. Trib. Com. Oran, 6 décembre 1907, D. P. 1908.5.27.

6. Trib. Com. Seine, 18 juillet 1900, *La Loi*, 29 octobre 1900.

7. Trib. Com. Seine, 17 janvier 1893, *Journ. Trib. Com.* 1894.144.

8. Nîmes, 17 février 1911, *Gaz. Pal.* 1911.1.719.

9. Cass. civ., 9 février 1898, S. 1898.1.121.

Le vendeur d'une pharmacie ne peut vendre des spécialités dont il est l'inventeur si le contrat porte que l'acheteur du fonds en sera dépositaire¹.

Le vendeur d'un fonds de marchand tailleur qui s'est interdit de se rétablir et de s'intéresser directement ou indirectement à l'exploitation d'un semblable fonds ne contrevient pas à cet engagement en se plaçant comme coupeur dans une maison de vêtements qui s'adresse à une autre clientèle².

3° *Distinction des commerces de gros, demi-gros et détail.*

En principe, l'interdiction visée par la clause, ne s'applique qu'au genre de commerce exploité dans le fonds cédé. Le vendeur d'un commerce de gros peut se rétablir sans violer la clause dans le même commerce de détail et réciproquement. Loin de faire concurrence au fonds cédé, le nouveau fonds peut constituer pour lui soit un débouché, s'il s'agit d'un commerce de détail, soit une source d'approvisionnement s'il s'agit d'un commerce de gros.

Cependant quelques décisions ont déclaré illicite le rétablissement du cédant d'un fonds de détail dans un commerce de gros ou de demi-gros, quand l'interdiction vise tout commerce similaire sans aucune réserve. D'après un arrêt de la Cour de Dijon du 9 novembre 1923³, le rétablissement du vendeur d'un fonds de détail de lingerie, bonneterie, articles de dames et d'enfants, dans un fonds qualifié de manufacture de confection, viole la clause de non-rétablissement, certaines ventes au détail d'articles tenus par le fonds cédé y étant

1. Rouen, 25 janvier 1893, *Rec. Rouen* 1893.1.36.

2. Trib. Com. Limoges, 23 janvier 1931, *Gaz. Pal.* 1931.1.603.

3. *Rec. Dijon*, 1923.107.

effectuées. Mais, ajoute l'arrêt, fut-il prouvé que la prétendue manufacture dût être considérée exclusivement comme un établissement de gros, le vendeur ne l'aurait pas moins exploitée en violation du contrat, alors que la clause de non-rétablissement dans un commerce similaire ne fait aucune distinction entre le commerce de gros et le commerce de détail.

L'on voit donc l'intérêt qu'il y a à préciser rigoureusement dans la clause le genre de commerce interdit et aussi à définir en pratique les commerces de gros, demi-gros et détail.

La distinction faite par la loi fiscale du 15 juin 1880 pour l'établissement de la patente est la suivante : les marchands de gros sont ceux qui vendent principalement à d'autres marchands, les marchands de demi-gros sont ceux qui vendent aux détaillants et aux consommateurs, les marchands de détail sont ceux qui vendent seulement aux consommateurs. Pour donner une définition plus précise, l'on peut dire que le commerçant en gros vend aux marchands en demi-gros et aux détaillants, le commerçant en demi-gros achète au commerçant en gros et vend aux détaillants, le détaillant achète en gros ou en demi-gros et vend aux consommateurs.

La jurisprudence a d'ailleurs tendance à ne pas se fier uniquement à la patente du commerçant, mais à tenir compte seulement du genre de commerce qu'il exerce en fait. Le tribunal de commerce de Nantes¹ a jugé que le titulaire d'une charge de mandataire à la criée municipale de la poissonnerie de Nantes qui vend sa charge en s'interdisant la faculté d'exploiter, faire valoir ou s'intéresser directement ou indirectement à une charge de mandataire à la même criée peut, sans violer cette clause, se rétablir comme vendeur de poisson en demi-

1. 18 janvier 1936, *Rec. Nantes* 1936.67.

gros et détail en dehors de l'enceinte de la criée municipale. De même, le tribunal de commerce du Havre¹ a décidé qu'un commerçant entrepositaire de vins et spiritueux qui a vendu son fonds avec les garanties de droit les plus étendues et qui a l'obligation stricte de s'abstenir à l'avenir de faire acte de commerce de gros, continue à faire des opérations d'entrepositaire lorsqu'il passe des ventes de plus de vingt-quatre litres de vin ou quatre litres de spiritueux, étant de notoriété publique dans le commerce des vins que de telles ventes nécessitent habituellement une licence de gros.

4^o *Opérations commerciales effectuées avec une clientèle située dans la zone prohibée.*

Le vendeur rétabli en dehors du périmètre interdit a le droit strict de vendre à la clientèle domiciliée dans ce périmètre à la condition de ne pas la solliciter et qu'elle s'adresse à lui spontanément. L'envoi de circulaires, l'apposition d'affiches, l'insertion de réclames dans les journaux, la distribution de prospectus, les visites de voyageurs ou de représentants dans la zone prohibée, constituent autant d'actes de concurrence déloyale qui rendent leur auteur passible de dommages-intérêts envers l'acheteur du fonds cédé.

Quant aux livraisons de marchandises au domicile de la clientèle de la zone prohibée, nul doute qu'elles puissent être faites librement s'il s'agit de personnes qui n'étaient pas clientes du fonds vendu². Mais la jurisprudence est divisée s'il s'agit de l'ancienne clientèle. Certains arrêts ont interdit les livraisons faites dans ces conditions³. D'autres ont estimé que le contrat de vente étant parfait

1. 21 juin 1920, *Rec. Havre* 1920.1.211.

2. Paris, 5 novembre 1889, S. 1890.2.141; Paris, 8 décembre 1892, D. P. 1894.2.190.

3. Douai, 20 janvier 1902, *Gaz. Pal.* 1902.1.432.

par l'accord des parties sur le prix et sur la chose, la validité du contrat emporte celle d'une livraison qui ne constitue à tout prendre que l'exécution de ce contrat à laquelle il n'est permis à aucune des parties de se dérober¹. En réalité la possibilité de livrer au domicile de la clientèle du fonds vendu fait disparaître tout l'intérêt d'une interdiction de rétablissement dans une zone déterminée, car elle est de nature à annihiler de façon absolue l'influence sur la clientèle de l'éloignement du fonds nouveau, étant données les facilités actuelles de passer les commandes par lettre ou téléphone. Il est donc conforme à l'esprit de la clause que de telles livraisons soient rigoureusement interdites.

5° *Exploitation de succursales.*

Par application du principe de la liberté du commerce est nul l'engagement de ne jamais créer de succursales, quand cet engagement n'est limité ni quant au lieu ni quant au temps².

Mais, comme il est logique, la jurisprudence assimile la création d'une succursale pendant la période et dans la zone interdites à l'exploitation d'un fonds principal³.

CHAPITRE II

DU RÉTABLISSEMENT INDIRECT

1° *Interdiction du rétablissement par prête-nom.*

Le juge du fond décide souverainement s'il y a rétablissement du vendeur par interposition de personne.

1. Paris, 13 décembre 1897, *Gaz. Pal.* 1898.1.584.

2. Trib. Com. Saint-Etienne, 20 mars 1930, *Gaz. Trib.*, 18 novembre 1930.

3. Cass. civ., 23 avril 1914, *Gaz. Pal.* 1914-1915.2.65.

Le plus souvent cette interposition se fait par un membre de la famille. Le vendeur a été considéré comme rétabli sous le nom de son fils mineur qui ouvre un fonds dans la zone interdite alors qu'il n'est pas autorisé à commercer pour son propre compte, sous le nom de sa femme lorsque, séparée de biens, elle acquiert un nouveau fonds et l'exploite en commun avec son mari¹, ou lorsqu'elle exploite un fonds avec l'autorisation maritale dans des conditions prohibées par la clause, bien qu'elle ne soit pas tenue elle-même à garantie.

La jurisprudence refuse au vendeur le droit de prêter un concours actif et habituel à un fonds concurrent tenu par un de ses parents. Mais il a été jugé² que ne viole pas la clause de non-rétablissement qu'il a souscrite le vendeur d'un café qui prête un concours occasionnel à ses enfants tenanciers de café antérieurement à la vente.

Un jugement du tribunal de commerce de Saint-Etienne du 24 novembre 1932³ a décidé que le fait par une venderesse de participer dans des conditions prohibées à l'exploitation d'un fonds similaire au fonds vendu, alors que ce fonds a été acheté par son concubin après la cession, constitue en réalité un rétablissement par prête-nom.

2° Interdiction de l'exercice d'un emploi salarié dans un commerce similaire.

En principe, il est licite au vendeur de s'engager comme employé salarié dans un fonds similaire au fonds vendu, à la condition qu'il ne soit pas en rapport avec la clientèle, qu'il s'agisse d'un commerce qui ne comporte

1. Trib. Com. Seine, 15 mai 1924, *Gaz. Pal.* 1924.2.117.

2. Dijon, 18 juillet 1923, *Rec. Dijon* 1923.70.

3. *Gaz. Pal.* 1932.2.321.

aucun secret de fabrication et qui ne fait subir aux marchandises aucune transformation¹.

Mais lorsqu'il ressort des circonstances de fait que le vendeur n'a pris son emploi que dans le dessein de faire concurrence à l'acheteur de façon détournée, les tribunaux, tout en accordant à ce dernier la réparation du préjudice subi, font défense à l'employé de continuer ses fonctions. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Rouen du 5 décembre 1929² a jugé qu'une clause de non-rétablissement qui interdit au vendeur d'exploiter directement ou indirectement dans la même ville un fonds de commerce similaire, n'a qu'une valeur énonciative et n'exclut pas l'hypothèse où le vendeur créerait dans la ville une concurrence au fonds cédé en s'engageant chez un concurrent de l'acheteur. En l'espèce, il s'agissait d'un coiffeur de dames qui, après cession de son fonds, s'était engagé chez un autre coiffeur, celui-ci ayant pour utiliser ses services ouvert un nouveau salon. Dans le même sens, un arrêt de la Cour de Rennes du 29 décembre 1930³ déclare que si le fait pour le vendeur d'entrer comme simple employé dans un commerce similaire au fonds vendu ne constitue pas une infraction à l'interdiction de se rétablir, c'est à la condition que le cédant ne soit pas dans un nouvel établissement en rapports directs avec la clientèle, et que sa personnalité ne constitue pas par elle-même une attraction et une réclame pour l'établissement. En conséquence, cet arrêt a déclaré coupable de concurrence déloyale une bouchère qui après avoir vendu son fonds était devenue pendant dix-sept jours seulement caissière d'une boucherie située dans le même quartier.

La responsabilité de l'employeur peut même être

1. Cass. civ., 29 décembre 1909, D. P. 1911.1.315; Trib. Com. Nantes, 17 janvier 1927, *Rec. Nantes* 1927.423.

2. *Rec. Rouen et Caen* 1930.1.28.

3. *Rec. Rennes* 1931.211.

mise en jeu par l'acheteur s'il persiste à garder le vendeur à son service après que sommation lui a été faite de se séparer de lui. La Cour de cassation¹ a décidé que les juges du fond peuvent à bon droit relever dans ce fait une faute personnelle de l'employeur consistant à aider sciemment le vendeur à violer les obligations qu'il a contractées dans l'acte de cession.

3° *Interdiction d'un contrat d'association.*

L'on doit se montrer infiniment plus sévère dans l'appréciation de la validité d'un contrat d'association pour l'exploitation d'un fonds similaire que pour celle d'un contrat de travail. Car si celui-ci peut constituer une nécessité vitale pour le vendeur et sa famille, celui-là constitue essentiellement un placement d'argent. Le vendeur se contente-t-il d'apporter ses capitaux à la société et son rôle se borne-t-il à participer à ses bénéfices ou à ses pertes ? Dans ce cas, il apporte l'appui de ses ressources à l'activité d'un concurrent de son acheteur. Et si en principe une telle participation peut être considérée comme ne violant pas l'obligation de garantie, c'est à la condition qu'elle soit de peu d'importance et qu'elle soit effectuée à une société déjà constituée et en activité, en d'autres termes qu'elle ne soit pas la cause déterminante de la création d'une maison concurrente.

Il a été jugé² que contrevient à son obligation de garantie le gérant d'une société de transports qui a cédé ses parts dans la société en s'engageant à ne s'intéresser ni directement ni indirectement à une entreprise similaire et qui participe financièrement à la constitution d'une société fondée en vue de la même exploitation, quoiqu'il n'ait pas détourné ou même cherché à détour-

1. 2 juillet 1918, S. 1918-1919.1.213.

2. Rouen, 18 décembre 1935, *Gaz. Pal.* 1935, 1.144.

ner au profit de cette société aucun des clients de celle d'où il s'était retiré. Cet arrêt a considéré en effet que le vendeur avait suscité une concurrence à son ancienne société et avait favorisé cette concurrence par ses ressources et son intervention personnelle.

Ces réserves faites, rien ne s'oppose en principe à ce que, s'il s'agit d'une société déjà existante, le vendeur devienne actionnaire d'une société anonyme, associé en responsabilité limitée ou même associé commanditaire dans une société qui exploite un fonds similaire dans le périmètre interdit. Il va de soi que la clause par laquelle il s'interdit de tels contrats est parfaitement licite¹. Mais son obligation de garantie interdit dans tous les cas au vendeur d'exercer à titre d'associé une activité personnelle dans la gestion de la société comme d'entrer en rapport avec la clientèle. Il ne pourrait donc devenir ni associé commandité, ni gérant d'une société à responsabilité limitée, ni administrateur d'une société anonyme², ni président du conseil d'administration d'une société coopérative, vendant les mêmes produits que le fonds cédé³.

4^o Interdiction d'un contrat de prêt.

Le prêt de capitaux à une entreprise qui exploite un commerce similaire est strictement interdit au vendeur. Vainement tenterait-il de soutenir qu'il n'exerce aucune activité personnelle. Le seul fait de permettre l'exploitation d'une maison concurrente en lui fournissant les fonds dont elle a besoin, suffit à mettre le vendeur en contravention avec son obligation de garantie.

1. Nancy, 22 avril 1932, *Rec. Dijon-Nancy*, 1932.153.

2. Cass. civ., 9 février 1898, D. P. 1903.1.605.

3. Dijon, 18 décembre 1924, *Revue synthétique* 1925.3.1691.

5° *Interdiction d'un contrat de représentation.*

Même à défaut de clause formelle, le vendeur ne peut participer activement à la vie commerciale d'une maison concurrente. C'est dire qu'il ne saurait en assurer la représentation qui, par définition, le mettrait en rapports constants avec la clientèle. Il en est ainsi a fortiori lorsqu'il s'est interdit de s'intéresser directement ou indirectement à un commerce similaire¹. « Est parfaitement licite, dit un arrêt de la Cour de Nancy², la clause par laquelle un associé a pris l'engagement, au cas où il quitterait la société, de s'interdire de s'intéresser dans les trois années suivant son départ, soit personnellement, soit comme simple actionnaire, à toute entreprise ayant un caractère similaire à celui de la société. Une telle clause ne lui interdit pas seulement l'apport de capitaux dans une entreprise similaire, elle signifie que cet associé ne peut personnellement, c'est-à-dire de sa personne, par lui-même, par son autorité, à quelque titre que ce soit, non seulement comme associé, mais même comme simple représentant, participer à la vie commerciale d'une entreprise similaire. »

De même le directeur d'une entreprise de radio qui s'est engagé à ne pas s'occuper pour son compte et en association avec quiconque, d'un commerce de T. S. F., viole cet engagement en fondant une agence de représentation et de commission³.

6° *Location d'un immeuble du vendeur pour un commerce similaire.*

Il faut distinguer l'éventualité où le vendeur est propriétaire de l'immeuble où est exploité le fonds

1. Rennes, 3 novembre 1930, *Rec. Rennes* 1931.28.

2. 22 avril 1932, *Rec. Dijon-Nancy* 1932.153.

3. Trib. Com. Le Havre, 9 juillet 1936, *Rec. Havre* 1936.1.130.

vendu, et celle où il est propriétaire d'un autre immeuble.

a) Le vendeur est propriétaire de l'immeuble où est exploité le fonds vendu.

Son obligation de garantie lui interdit de troubler l'exploitation du fonds pendant la durée du bail. Mais la jurisprudence lui accorde à l'expiration de ce bail le droit de louer son immeuble à un tiers exerçant un commerce similaire¹. Elle exige seulement que ce tiers ne soit pas le prête-nom du vendeur et que celui-ci n'apporte aucun concours, si minime soit-il, à son nouveau locataire².

La faculté de louer à un concurrent de l'acheteur appartient au vendeur si l'acheteur abandonne les lieux de son plein gré.

Mais le vendeur a également le droit de refuser le renouvellement du bail à son expiration et d'invoquer le droit de reprise prévu par la loi sur la propriété commerciale³.

b) Le vendeur est propriétaire d'un immeuble autre que celui où est exploité le fonds.

La solution est la même⁴. Suivant un arrêt de la Cour de Rouen du 14 décembre 1928⁵, le propriétaire d'un immeuble tient de son droit de propriété la faculté de disposer librement de son immeuble et l'interdiction qu'il s'est personnellement imposée ne l'empêche pas de le louer à un rival de son cocontractant.

7^o Exploitation d'un autre fonds par le vendeur propriétaire de plusieurs fonds.

A condition que le deuxième fonds ne puisse être considéré comme similaire au fonds cédé, le vendeur

1. Rouen, 21 février 1900, D. P. 1900.2.154.

2. Caen, 16 mars 1928, *Rec. Rouen et Caen*, 1928.2.198.

3. Trib. civ. Hérault, 3 février 1928, *Mon. Jud. Midi*, 1^{er} avril 1928; Trib. civ. Hautes-Alpes, 30 mai 1928, D. H. 1928.393.

4. Cass. req., 10 juin 1879, S. 1879.1.351.

5. *Rec. Rouen et Caen* 1929.1.18.

peut continuer librement son exploitation, mais doit s'abstenir rigoureusement de tout acte de nature à drainer vers ce fonds la clientèle du fonds vendu.

Lorsque le vendeur cèdera son deuxième fonds, nous avons vu que son successeur ne sera pas lié par l'engagement que lui-même avait contracté envers l'acheteur originaire. Aussi le successeur du vendeur pourra-t-il faire impunément concurrence à l'acheteur du premier fonds en transformant à cet effet celui qu'il a acquis. Il sera cependant prudent pour le vendeur de stipuler dans l'acte de cession une clause interdisant cette concurrence, car à défaut de cette stipulation, il pourrait être tenu pour responsable envers l'acheteur du premier fonds des agissements de son successeur dans le second.

Le tribunal de commerce de Nantes¹ a eu à juger l'espèce suivante : le propriétaire d'un café et d'un débit-comptoir avait vendu son café en s'interdisant de monter un commerce similaire, mais en se réservant le droit d'exploiter le débit-comptoir. Puis il avait cédé ultérieurement le débit-comptoir sans imposer aucune clause restrictive à un tiers qui l'avait transformé en café. Le tribunal a jugé que le vendeur devait être tenu pour responsable envers son premier acheteur du dommage qui était causé à ce dernier par la concurrence du cessionnaire du débit, motif pris qu'il avait négligé lors de la vente du deuxième fonds d'imposer à son acheteur les obligations et interdictions qui pesaient sur lui au regard de l'acheteur du premier fonds. Le tribunal reconnaissant qu'à défaut de clause formelle il ne pouvait interdire à l'acheteur du débit de le transformer en café, a condamné le vendeur des deux fonds à des dommages-intérêts envers l'acheteur du café.

1. 17 décembre 1923, *Rec. Nantes* 1924.1.45.

CHAPITRE III

**DÉLIMITATION DE L'ÉTENDUE
DES EFFETS DE LA CLAUSE***1^o Disparition du fonds.*

La clause de non-rétablissement cesse de produire ses effets lorsque le fonds, objet de la vente, n'existe plus. Cette éventualité peut se produire quand l'acheteur cesse le commerce et ferme définitivement le fonds sans le vendre, ou quand la société exploitante est dissoute sans qu'intervienne une cession du fonds¹.

Dans l'un et l'autre cas, la clause reste théoriquement en vigueur, de même que les autres obligations nées du contrat qui ne sont pas encore complètement exécutées. Mais il est bien évident qu'ayant abandonné de son propre chef l'exploitation du fonds, donc la possession de son élément clientèle, l'acheteur ne pourrait être considéré comme en étant évincé par le rétablissement du vendeur.

Lorsqu'il s'agit d'une société dissoute sans que le fonds ait été cédé, et que l'un des anciens associés vient à exploiter un fonds similaire, il ne peut exiger du vendeur de l'ancien fonds social l'observation de l'engagement de ne pas se rétablir qu'il avait contracté envers la société. Cet engagement avait en effet un caractère strictement personnel et n'avait lié le vendeur qu'envers son cocontractant, la société elle-même, qui a cessé d'exister par sa dissolution.

2^o Transformation du commerce exploité.

Il est de jurisprudence qu'un changement du commerce exploité dans le fonds, à condition qu'il soit

1. Trib. Com. Nancy, 31 août 1913, *Gaz. Pal.* 29 novembre 1913.

radical, c'est-à-dire qu'il s'adresse à une clientèle totalement différente, suspend les effets de la clause : ici encore, le propriétaire ayant abandonné de lui-même la possession de la clientèle, le fondement de la clause disparaît de ce fait.

De cette éventualité, il faut rapprocher celle d'une transformation, non du commerce en lui-même, mais de son mode d'exploitation, à condition qu'elle soit suffisamment profonde pour changer complètement le genre de clientèle auquel il s'adresse. L'on peut prendre comme exemple un restaurant à prix modérés qui a une clientèle d'ouvriers et que le propriétaire transforme en restaurant de luxe fréquenté désormais par une clientèle mondaine.

3° *Suspension de l'exploitation du fonds.*

Les effets de la clause subsistent en entier si le propriétaire du fonds cesse momentanément de l'exploiter. Il aura en effet le droit d'exiger du vendeur l'observation de la clause même pendant la période de suspension de l'exploitation, à condition qu'il puisse prouver qu'il s'est réservé la possibilité de la reprendre avant l'expiration de la durée de l'interdiction¹.

4° *Défaut de paiement du prix par l'acheteur.*

Il est sans influence sur les effets de la clause, tout au moins tant que la résolution de la vente n'a pas été prononcée en justice.

5° *Faillite de l'acheteur.*

L'obligation du vendeur reste intacte puisqu'en cas de faillite ou de liquidation judiciaire la masse des

1. Paris, 21 novembre 1927, *Semaine Juridique*, 1927.1492.

créanciers est substituée au failli ou au liquidé dans l'exercice de ses droits.

6° *Déplacement du fonds.*

La clause reste pleinement en vigueur si le lieu d'exploitation du fonds est transporté par l'acheteur en dehors du périmètre interdit¹ et même si ce déplacement est effectué par un sous-acquéreur après revente du fonds.

Il n'en serait autrement que si le vendeur était en mesure de prouver qu'en raison du genre de commerce exploité, le propriétaire du fonds se trouve désormais dans l'impossibilité matérielle d'exercer une activité quelconque en rapport avec le fonds dans la zone prohibée par la clause.

Mais si le vendeur s'est rétabli régulièrement en dehors du périmètre interdit et que l'acheteur transporte ultérieurement le fonds dans un lieu séparé de celui du vendeur par une distance moindre que celle qui était stipulée dans l'interdiction, la zone interdite doit continuer à être déterminée en fonction de la situation du fonds vendu au moment de la vente.

7° *Expropriation pour cause d'utilité publique.*

Dans l'hypothèse où le vendeur s'est rétabli de manière licite en dehors du périmètre interdit et où l'immeuble où il exploite le fonds est l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique, la clause continue à jouer et il n'est nullement autorisé par un premier rétablissement licite à en effectuer un second dans la zone prohibée².

1. Paris, 21 février 1900, D. P. 1900.2.476.

2. Paris, 18 août 1869, *Annales Propriété industrielle* 1869.342.

CINQUIEME PARTIE

Sanctions de la clause

Les sanctions que comporte le rétablissement prohibé du vendeur peuvent consister soit dans la fermeture du fonds, soit dans la résolution de la vente, soit dans l'octroi de dommages-intérêts.

Le préjudice d'ores et déjà subi par l'acheteur au moment de la demande en justice donnera lieu, quelle que soit la sanction appliquée, à l'attribution distincte de dommages-intérêts.

Toutefois, les parties ont la faculté de stipuler une clause pénale au cas de violation de l'engagement du vendeur. Conformément au droit commun, les tribunaux devront se borner à ordonner l'exécution de l'accord des parties, perdant leur pouvoir d'appréciation à la fois quant à l'évaluation du préjudice subi et quant à la manière de sanctionner la violation de l'engagement.

CHAPITRE PREMIER

DE LA FERMETURE DU FONDS

1° *Il y a rétablissement direct du vendeur.*

Sauf le cas où la fermeture du fonds a été stipulée par les parties comme sanction obligatoire de la violation de la clause, les tribunaux possèdent sur l'opportunité de cette mesure un pouvoir d'appréciation souverain.

Ils tiennent compte généralement du laps de temps écoulé depuis la vente, du degré d'éloignement des deux fonds, de la nature du commerce cédé, du genre de clientèle sollicitée, pour accorder ou refuser une mesure dont la gravité est incontestable.

Lorsque la fermeture est ordonnée, elle l'est ordinairement sous astreinte pendant un certain délai. Si ce moyen de pression indirect n'est pas suffisant pour amener le vendeur à cesser l'exploitation du fonds, sa fermeture peut être ordonnée *manu militari*. Cette mesure n'est pas contraire à l'article 1142 du Code civil qui porte que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts au cas d'inexécution. La fermeture du fonds est une mesure qui s'exerce en effet non sur la personne du débiteur, mais sur le fonds lui-même et qui peut être prise sans contraindre le vendeur à agir.

Les tribunaux se refusent ordinairement à ordonner la fermeture d'un fonds lorsqu'il a fait l'objet de plusieurs cessions successives¹, comme lorsque le vendeur a acheté un fonds déjà exploité lors de la vente. Dans ce dernier cas, ils ordonnent au vendeur rétabli d'avoir à cesser l'exploitation sans exiger la fermeture du fonds lui-même.

*2° Le rétablissement du vendeur est effectué
par l'intermédiaire d'un tiers.*

Si le propriétaire apparent du fonds est un simple prête-nom du vendeur, il sera traité comme l'eût été le vendeur lui-même, c'est-à-dire que la fermeture du fonds pourra être prononcée.

Si le fonds appartient réellement au tiers qui, par sa complicité, permet au vendeur de jouer un rôle prépon-

1. Trib. Com. Nantes, 17 décembre 1923, *Rec. Nantes* 1924.1.45.

dérant dans son exploitation, la fermeture n'en pourra être ordonnée, car le propriétaire n'a avec le vendeur indirectement rétabli aucun lien de droit. Il ne peut être tenu personnellement envers l'acheteur qu'en vertu de l'article 1382 du Code civil et ne peut être condamné qu'au paiement de dommages-intérêts.

CHAPITRE II

DE LA RÉOLUTION DE LA VENTE

1^o *Modalités de la résolution.*

L'acheteur peut demander la résolution du contrat si le vendeur se rétablit en violation de la clause. Si le contrat porte une clause résolutoire expresse qui prévoit la résolution de plein droit au cas d'inexécution de l'une des obligations nées de la vente, les tribunaux doivent se borner à constater que la clause est encourue et le contrat résolu.

Si la convention ne contient pas de clause résolutoire expresse, la demande de l'acheteur sera fondée sur l'article 1184 du Code civil, qui porte que la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques au cas où l'une des deux parties ne satisfait pas à son engagement. Le tribunal aura alors un pouvoir d'appréciation, et pourra, s'il le juge convenable, refuser de prononcer la résolution et condamner seulement le vendeur rétabli à payer à l'acheteur des dommages-intérêts.

La résolution de la vente peut être prononcée dans tous les cas, même dans celui où le vendeur ne s'est rétabli que par personne interposée.

2^o Effets de la résolution.

La vente résolue, le vendeur reprend son fonds et l'acheteur n'est lié envers lui par aucune obligation de garantie, puisque la résolution ne saurait être assimilée à une revente. L'on devrait donc logiquement décider qu'en vertu du principe de la liberté du commerce, l'acheteur peut se rétablir dans un commerce similaire où et quand il lui plaît. Mais la jurisprudence tient compte des circonstances de fait qui auront souvent amené l'acheteur à nouer des relations étroites avec la clientèle durant la période où il a exploité le fonds, ce qui lui permettrait de faire dans un fonds voisin une concurrence efficace au vendeur. Aussi s'arroe-t-elle le droit, lorsqu'elle résout une vente, de déterminer les conditions de temps et de lieu dans lesquelles l'acheteur aura la faculté de se rétablir dans un fonds similaire à celui qui est repris par le vendeur.

CHAPITRE III

DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

Indépendamment de l'indemnité qui est attribuée à l'acheteur, en réparation du préjudice que lui a causé le rétablissement du vendeur, les tribunaux peuvent sanctionner la violation de la clause par le paiement de dommages-intérêts, s'ils se refusent à ordonner la fermeture du fonds ou à prononcer la résolution de la vente.

Un arrêt de la Cour de Colmar du 7 mai 1929¹ décide que le vendeur qui s'est interdit par contrat d'ouvrir

1. *Revue Alsace-Lorraine* 1930.438.

un commerce similaire et qui a contrevenu à cet engagement est passible de dommages-intérêts envers son acheteur, le calcul de l'indemnité devant se baser sur la circonstance que le préjudice causé est plus grave dans les premiers temps de l'ouverture de l'établissement concurrent que dans les périodes suivantes au cours desquelles le commerçant lésé a la possibilité soit de voir son ancienne clientèle reprendre ses habitudes, soit de s'en créer une nouvelle. Le critérium choisi par cet arrêt pour la détermination du quantum des dommages-intérêts ne nous semble pas très logique. Sans discuter le point de savoir si le rétablissement du vendeur est plus préjudiciable à l'acheteur à son début que dans les périodes suivantes, ce qui paraît assez paradoxal, il nous semble infiniment plus équitable de considérer uniquement le laps de temps qui s'est écoulé entre la vente et le rétablissement du vendeur, celui-ci devant être de moins en moins préjudiciable à l'acheteur au fur et à mesure que la clientèle a eu plus de temps pour s'adapter aux conditions nouvelles d'exploitation du fonds. C'est d'ailleurs l'un des éléments sur lesquels s'appuie le plus souvent la jurisprudence pour fixer le montant de la condamnation, les autres étant ordinairement la distance entre les deux fonds, le genre de clientèle qui les fréquente, la nature du commerce qui y est exploité.

Cette indemnité qui sanctionne la violation de la clause viendra s'ajouter à celle qui compense le préjudice subi par l'acheteur. Pour le déterminer les tribunaux ne prennent en considération qu'un seul élément, le chiffre d'affaires réalisé par le vendeur depuis son rétablissement illicite. Ils estiment, en effet, que le fonds vendu aurait dû bénéficier de cet accroissement de débouchés, si le vendeur ne s'était pas rétabli¹.

Lorsque le prix de vente n'a pas encore été payé par

1. Cass. civ., 17 décembre 1912, *Gaz. Pal.* 1913.1.139.

l'acheteur, les dommages-intérêts qui lui sont attribués viendront en défalcation de la somme due. Toutefois s'il a été stipulé pour le paiement du prix un terme éloigné, le vendeur peut être condamné à un versement immédiat. Il en est de même lorsque le prix de vente a été délégué à un créancier du vendeur, par un acte auquel est intervenu l'acheteur, devenu ainsi le débiteur du délégataire.

Lorsque les tribunaux se bornent à sanctionner la violation de la clause par une condamnation à des dommages-intérêts, en laissant le vendeur continuer à exploiter le fonds dans lequel il s'est rétabli, il est d'usage qu'ils imposent à ce dernier des mesures destinées à éviter une confusion entre les deux fonds dans l'esprit du public. Ou bien ils ordonnent des insertions du jugement dans les journaux locaux à titre de dommages-intérêts supplémentaires, ou bien ils prescrivent au vendeur rétabli de préciser sur les en-têtes de ses lettres, de ses prospectus et de ses factures, la date de fondation du nouveau fonds ou bien ils ordonnent, quoique plus rarement, l'envoi de circulaires à la clientèle.

Nous avons vu plus haut qu'une condamnation à des dommages-intérêts peut être prononcée en vertu de l'article 1382 du Code civil contre le tiers qui a reçu sciemment le concours du vendeur comme employé et contre le prête-nom qui a permis son rétablissement indirect.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, il nous reste à en dégager la conclusion pratique qui nous paraît porter sur deux points principaux : d'une part, l'intérêt qu'il y a à préciser plus qu'on ne le fait d'ordinaire le libellé de la clause de non-rétablissement; d'autre part, la nécessité de sa publicité qui, seule, est susceptible de justifier la transmission de ses effets sans restriction ni réserve à tout sous-acquéreur.

I. — *De la rédaction de la clause de non-rétablissement.*

Sans prétendre viser dans une formule qui doit être nécessairement concise toutes les possibilités de rétablissement indirect du vendeur, l'acheteur a le plus grand intérêt à préciser de la façon la plus nette les effets qu'il entend faire produire à la clause. Il décourage ainsi à l'avance toute tentative de la tourner, supprime l'éventualité d'un litige et l'aléa que comporte toujours une interprétation judiciaire, car en présence d'une clause conçue en termes vagues le juge du fait s'arroge le droit d'en limiter les effets par interprétation de la volonté des parties. Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 8 février 1937¹ a consacré ce droit en décidant que lorsque l'acte constitutif d'une société stipule l'interdiction pour l'un de ses membres de s'intéresser lors de la dissolution à un commerce similaire, les juges doivent, au besoin après

1. *Rec. Bordeaux* 1937.264.

expertise, limiter l'interdiction aux lieux où s'exerçait l'activité sociale, l'intention des associés sainement interprétée n'ayant certainement pas été d'édicter une interdiction absolue qui eût été nulle.

Or le but de la clause doit être précisément de concrétiser sans ambiguïté possible la commune intention des parties. Sa rédaction usuelle telle qu'elle est prévue dans la plupart des formulaires, est ainsi conçue : « M. X... s'interdit formellement de créer ou d'exploiter pendant un délai de... et à partir de ce jour, un fonds de commerce similaire en tout ou en partie, à celui présentement vendu, et de s'intéresser directement ou indirectement, même à titre d'associé commanditaire, dans l'exploitation d'un semblable fonds, le tout dans un rayon de... kilomètres à vol d'oiseau du fonds vendu (ou dans telle ville, tel département) sous peine de tous dommages-intérêts envers M. Y... ou ses ayants cause sans préjudice du droit qu'il aura de faire cesser cette contravention. »

Cette rédaction qui s'avère suffisante à la fois pour valider la clause et délimiter les droits d'un vendeur de bonne foi, nous paraît critiquable en ce sens qu'elle ne caractérise pas d'une manière assez précise les genres d'activité interdits et que, par là même, elle offre au vendeur de mauvaise foi la possibilité de faire naître un litige éventuel et de concurrencer l'acheteur jusqu'à sa solution définitive. Par ailleurs, tant que des formalités de publicité légalement prescrites n'auront pas assuré de façon incontestable la transmission sans réserve des effets de la clause à tous les sous-acquéreurs du fonds, il sera prudent, si l'on admet toutefois cette transmission en vertu de la théorie de l'enrichissement sans cause, de déterminer d'un commun accord la fraction du prix de vente qui correspond à la valeur de la clientèle cédée et qui constituera éventuellement le montant de l'enrichissement indu du vendeur et l'objet

de l'action en répétition du sous-acquéreur. Cette stipulation revient, si l'on veut, à prévoir une clause pénale opposable au vendeur non seulement par son cocontractant, mais encore par tout sous-acquéreur du fonds.

Nous proposons donc d'adopter la formule suivante :

« M. X... s'interdit formellement pendant un délai de... à partir de ce jour, de créer, fonder, acquérir, faire valoir, exploiter en son nom personnel ou diriger comme gérant ou administrateur aucun établissement ou fonds de commerce similaire ou concurrent de celui dont il est présentement vendeur, qu'il s'agisse de commerce de gros, demi-gros ou détail. Il s'interdit également de s'intéresser directement ou indirectement même à titre d'associé, de commanditaire, de prêteur, d'employé, ou de représentant, dans l'exploitation d'un semblable établissement ou fonds de commerce ainsi que d'installer un établissement ou un fonds concurrent dans les immeubles actuellement possédés par lui ou qu'il viendrait à acquérir dans un délai de..., le tout dans un rayon de... à vol d'oiseau (ou dans telle ville, tel département, etc.) sous peine d'avoir à restituer tant à M. Y. qu'à tout sous-acquéreur du fonds le montant de la valeur de la clientèle telle qu'elle est fixée au présent acte, sans préjudice du droit éventuel de faire cesser la contravention en demandant la fermeture du fonds incriminé. »

II. — *De l'institution d'une publicité légale de la clause de non-rétablissement.*

a) *Nécessité d'une publicité légale.*

Lorsque nous avons étudié l'action directe accordée par la jurisprudence aux sous-acquéreurs du fonds contre le vendeur originaire rétabli en violation de son engage-

ment, nous avons exposé les diverses théories juridiques sur lesquelles la doctrine a tenté de baser cette action, et nous avons montré qu'en réalité aucune d'entre elles ne s'avère absolument satisfaisante. Ainsi en arrive-t-il d'ailleurs le plus souvent lorsque sous l'empire des nécessités de la pratique, on se voit dans l'obligation de créer un droit et que l'on s'efforce ensuite de lui trouver *a posteriori* une justification théorique. Ce sont, en effet, les avantages pratiques que comporte une action directe pour les sous-acquéreurs successifs d'un fonds qui ont amené la jurisprudence à en admettre le principe. Mais lorsqu'elle a tenté de lui trouver un fondement sur le terrain du droit, force est de reconnaître qu'elle a procédé par pure pétition de principe sans vérifier suffisamment que le caractère juridique qu'elle attribuait à l'action s'accordait bien avec ses conditions d'exercice comme avec les principes généraux du droit. Nous avons constaté que les divers systèmes suivis par la doctrine n'échappent pas eux aussi à la critique, et nous n'avons pas nous-même cherché à dissimuler que celui que nous propositions à notre tour ne nous semble pas entièrement satisfaisant.

Pour conclure, nous estimons que s'il n'est pas possible de nier le caractère personnel de l'engagement de non-rétablissement pris par le vendeur envers l'acheteur, sa conciliation avec une transmission sans réserve de la clause à tout sous-acquéreur du fonds peut être trouvée dans l'institution d'une publicité légale.

Il en serait de l'action directe du sous-acquéreur comme de l'action résolutoire du vendeur. Cette action, prévue par l'article 1654 du Code civil, sanctionne l'engagement personnel de l'acheteur envers le vendeur de payer le prix stipulé. Mais elle disparaît en principe pour le vendeur de fonds comme pour tout vendeur de choses mobilières au cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'acheteur, et le caractère de cet engage-

ment s'oppose à ce que l'action résolutoire puisse être exercée par le vendeur contre un sous-acquéreur du fonds. La loi du 17 mars 1909 a entendu améliorer la situation du vendeur en lui permettant d'exercer son privilège et son action résolutoire même au cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'acheteur et en attachant un droit de suite à leur exercice. Elle a donc, pour sauvegarder à la fois les droits du vendeur, ceux de la masse des créanciers du failli ou du liquidé, et ceux des tiers acquéreurs, organisé une publicité pour le privilège et l'action résolutoire comme la loi du 1^{er} mars 1898 l'avait fait pour le privilège du créancier gagiste sur le fonds de commerce qui lui est attribué comme sûreté. Dans la quinzaine du jour de la vente, le privilège du vendeur doit être inscrit sur un registre public spécial tenu au greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité et l'action résolutoire doit être expressément mentionnée et réservée dans cette inscription. A cette condition, elle peut être exercée par le vendeur non payé contre la masse des créanciers de l'acheteur en faillite ou en liquidation judiciaire, de même qu'elle peut être poursuivie contre tout sous-acquéreur du fonds.

La publicité légale de la clause de non-rétablissement conférerait de même à l'engagement du vendeur et à l'action qui le sanctionne au profit de l'acheteur un droit de suite qui les transmettrait activement à tout acquéreur ultérieur. La seule différence qui séparerait ce droit de suite de celui qui est attaché à l'action résolutoire est qu'il s'exercerait pour ainsi dire en sens inverse. L'action résolutoire se transmet en effet passivement contre tout propriétaire du fonds au profit du seul vendeur, alors que l'action directe contre le vendeur rétabli se transmettrait activement à tout sous-acquéreur du fonds.

L'institution d'une publicité de la clause de non-rétablissement aurait donc une première utilité, d'ordre

théorique, qui serait de fonder rigoureusement en droit l'action directe que seules des nécessités pratiques ont conduit la jurisprudence à accorder aux sous-acquéreurs d'un fonds de commerce.

Mais cette publicité aurait surtout une utilité pratique sur laquelle il est à peine besoin d'insister. Tout acquéreur de fonds aurait la possibilité de connaître les engagements de non-rétablissement souscrits par les vendeurs successifs et se trouverait ainsi en mesure d'éliminer des concurrences d'autant plus dangereuses qu'elles sont plus difficiles à prouver, puisqu'elles sont susceptibles de détourner la clientèle sans que leur auteur ait à se livrer à des manœuvres déloyales caractérisées.

Indispensable à assurer la sécurité des sous-acquéreurs dans la possession de la clientèle achetée, cette publicité ne serait pas non plus dénuée de tout intérêt pour les vendeurs. Chacun de ceux-ci pourrait opposer aux sous-acquéreurs les limitations de temps, de lieu et de commerce qui, contenues dans la clause, en restreignent les effets.

La publicité des clauses de non-rétablissement souscrites successivement par les vendeurs d'un fonds aurait donc comme effet essentiel de raréfier les litiges puisque chaque partie, voyant son droit clairement délimité, n'aurait plus désormais intérêt à intenter d'action judiciaire que dans les limites strictes de ce droit. C'est dire à quel point il est regrettable que jusqu'à ce jour aucune loi n'ait soumis à des formalités de publicité un engagement aussi essentiel à la sécurité des acheteurs.

b) *Forme de la publicité légale.*

La publicité de la clause de non-rétablissement devrait, selon nous, revêtir la forme d'une transcription sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce

ou du tribunal civil en tenant lieu, dans le ressort duquel le fonds est exploité.

L'obligation de procéder à cette transcription devrait être imposée à l'acheteur, puisqu'il est le bénéficiaire de l'engagement du vendeur et qu'il a intérêt à assurer sa transmission ultérieure aux sous-acquéreurs. Il devrait observer un délai de rigueur que l'on pourrait faire coïncider avec celui qui est prévu pour l'inscription du privilège du vendeur, c'est-à-dire un délai de quinzaine à compter de la date de l'acte de vente.

La procédure de la transcription pourrait être, dans un but de simplification, calquée sur celle de l'inscription du privilège. L'acheteur remettrait au greffier deux bordereaux contenant le libellé *in extenso* de la clause. Le greffier transcrirait ce libellé sur un registre spécial et remettrait à l'intéressé l'un des deux bordereaux au pied duquel il certifierait avoir fait la transcription.

La publicité du registre serait assurée par des états que les greffiers seraient obligatoirement tenus de délivrer à toute personne le requérant. Le registre devrait en réalité être double et comprendre un registre chronologique destiné à constater les transcriptions au fur et à mesure des demandes, et un registre analytique composé de folios dont chacun reproduirait les transcriptions relatives à un fonds déterminé. Il serait ainsi facile à tout acquéreur, en se reportant au folio qui correspond au fonds vendu, de connaître le nombre et la portée des clauses de non-rétablissement encore en vigueur pour ce fonds.

L'effet juridique des formalités de publicité serait de rendre la clause opposable au vendeur par tout sous-acquéreur du fonds, mais elles resteraient, conformément aux principes généraux du droit, sans aucune influence sur la validité de la clause entre les parties. Aussi, afin d'assurer l'exécution de ces formalités par l'acheteur, il serait bon d'édicter une sanction sous forme d'une

amende importante au cas où il n'observerait pas le délai de rigueur qui lui serait imposé.

Enfin, et pour terminer par une considération qui inciterait peut-être le législateur à instituer la publicité de la clause, l'Etat en tirerait une source nouvelle de profit, car il serait sans exemple qu'une transcription ne donne pas lieu à la perception par l'Administration de l'Enregistrement d'un droit qui, en l'espèce, serait très probablement un droit fixe.

Vu : Le Doyen,

G. RIPERT

Vu : Le Président,

G. RIPERT

Vu et permis d'imprimer :

*Le Doyen de la Faculté des Sciences
chargé des fonctions de
Recteur de l'Académie de Paris*

MAURAIN

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5^e édit., 1897-1922, t. II et IV.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^e édit., 1905, « Des obligations », t. I.
- BOUTAUD et CHABROL. — *Traité général des fonds de commerce*, 1910.
- CENDRIER. — *Le fonds de commerce*, 6^e édit., par Robert-Martin et R. Maus, 1934.
- CHARRASSIN. — *De l'interdiction de se rétablir dans la vente des fonds de commerce*, thèse, Lyon, 1929.
- COHEN. — *Le fonds de commerce*, 1937.
- COLIN et CAPITANT. — *Traité élémentaire de droit civil*, 6^e édit., 1931, t. II.
- DE JUGLART. — *Obligation réelle et servitudes*, thèse, Bordeaux, 1937.
- DEMOGUE. — *Traité des obligations*, 1933, t. VII.
- HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité général des sociétés*, 7^e édit., 1935.
- LACOUR et BOUTERON. — *Traité de droit commercial*, 3^e édit., 1925, t. I.
- LALOU. — « 1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle d'un tiers à l'égard d'un contractant et d'un contractant à l'égard d'un tiers », *Dalloz hebdomadaire*, Chronique, 1928.
- LAURENT. — *Principes de droit civil français*, 3^e édit., 1869-1878, t. XVI.
- LEPARGNEUR. — « De l'effet à l'égard de l'ayant cause à titre particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs aux biens transmis », *Revue de droit civil*, 1924.
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*, 5^e édit., 1923, t. III.
- MICHEL. — *De l'interdiction de se rétablir dans les ventes de fonds de commerce*, thèse, Paris, 1929.
- MOURGEON. — *Effets des conventions à l'égard des ayants cause à titre particulier en droit français*, thèse, Paris, 1934.

PLANIOL, RIPERT et ESMEIN. — *Traité de droit civil*, « Des obligations », t. I, 1930.

PRÉE. — *De l'interdiction de se rétablir pour le vendeur d'un fonds de commerce*, thèse, Caen, 1929.

THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e édit., 1931.

ABRÉVIATIONS

<i>D. H.</i>	Dalloz hebdomadaire.
<i>D. P.</i>	Dalloz périodique.
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais.
<i>Gaz. Trib.</i>	Gazette des Tribunaux.
<i>Journ. Trib. Com.</i> ...	Journal des Tribunaux de commerce.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction.....	1
-------------------	---

PREMIERE PARTIE

GENERALITES

Chapitre premier. — Fondement de la cause.....	5
I. Cessibilité de la clientèle et de l'achalandage du fonds de commerce.....	5
II. De la garantie d'éviction de la clientèle fondement de la clause de non rétablissement.....	8
Chapitre II. — La clause de non rétablissement et le principe de la liberté du commerce.....	10
I. Le principe de la liberté du commerce.....	10
II. Conciliation du principe avec la clause.....	11
Chapitre III. — De l'utilité de la clause de non rétablissement.....	13

DEUXIEME PARTIE

VALIDITE DE LA CLAUSE

Chapitre premier. — Conditions de validité.....	18
I. Principes généraux.....	18
II. Limitation quant au temps.....	19
III. Limitation quant au lieu.....	23
IV. Limitation quant au commerce.....	26
V. Conclusion.....	27
Chapitre II. — Nullité de la clause.....	31

TROISIEME PARTIE

PORTEE DE LA CLAUSE

Chapitre premier. — Bénéficiaires de la clause	33
I. Ayants cause à titre universel de l'acheteur.....	33
II. Représentants de l'acheteur.....	33
III. Ayants cause à titre particulier de l'acheteur.....	33
A. De l'action directe du sous-acquéreur.....	34
B. Justification de l'action directe.....	34
a) La clause considérée comme un élément du fonds.....	34
b) La clause considérée comme un droit réel mobilier.....	35
c) La clause considérée comme une obligation réelle.....	38
d) Transmission de la clause par application de l'article 1122 Code civil.....	41
e) Transmission de la clause par application de l'article 1121 Code civil.....	45
f) Justification de l'action par application de l'article 1382 Code civil.....	48
g) Essai de justification de l'action par la théorie de l'enrichissement sans cause.....	52
1° Rappel des principes de l'enrichissement sans cause..	53
2° Assimilation de l'action directe à l'action de <i>in rem verso</i>	55
3° Conséquences pratiques de cette assimilation.....	58
4° Conclusion.....	63
Chapitre II. — Personnes obligées par la clause	64
1° Le vendeur.....	64
a) Vente sur saisie.....	64
b) Vente sur surenchère.....	65
c) Vente après liquidation judiciaire ou faillite.....	66
d) Vente après licitation.....	67
2° Héritiers du vendeur.....	68
3° Parents du vendeur.....	71
4° Femme du vendeur.....	72
5° Ayants cause à titre particulier du vendeur.....	74
6° Coassociés vendeurs.....	76

QUATRIEME PARTIE

EFFETS DE LA CLAUSE

Chapitre premier. — Spécification du commerce interdit	79
1° Rétablissement dans un commerce similaire.....	79
2° Rétablissement dans un commerce concurrent.....	80

TABLE DES MATIÈRES

115

3° Commerces de gros, demi-gros et détail	83
4° Opérations commerciales dans la zone prohibée	85
5° Exploitation de succursales	86
Chapitre II. — Du rétablissement indirect	86
1° Rétablissement per prête-nom	86
2° Exercice d'un emploi salarié	87
3° Contrats d'association	89
4° Contrats de prêt	90
5° Contrats de représentation	91
6° Location d'un immeuble du vendeur	91
7° Exploitation d'un autre fonds	92
Chapitre III. — Délimitation de l'étendue des effets de la clause	94

CINQUIEME PARTIE

SANCTIONS DE LA CLAUSE

Chapitre premier. — De la fermeture du fonds	97
Chapitre II. — De la résolution de la vente	99
Chapitre III. — Des dommages-intérêts	100

CONCLUSION

I. De la rédaction de la clause de non-rétablissement	103
II. De l'institution d'une publicité légale	105
a) Sa nécessité	105
b) Sa forme	108
Bibliographie	111

